

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Romano



TESIS DOCTORAL

Origen y evolución de la "tutela impuberum": protección procesal a través de la "actio rationibus distrahendis" y las "accusatio suspecti tutoris"

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Miguel Herrero Medina

Director

Javier Paricio Serrano

Madrid
Ed. electrónica 2019

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO



TESIS DOCTORAL

Origen y Evolución de la *tutela impuberum*

**Protección procesal a través de
la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris***

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

MIGUEL HERRERO MEDINA

BAJO LA DIRECCIÓN DE

JAVIER PARICIO SERRANO

Madrid, 2019

A José María, a Javier y a mis padres.

ÍNDICE

I. TABLA DE ABREVIATURAS.....	9
II. RESUMEN - SUMMARY	13
III. NOTA PRELIMINAR.....	19
IV. LA FUNCIÓN ORIGINARIA DE LA TUTELA.....	21
1. Una potestad familiar	23
1.1. Los distintos significados del término <i>familia</i>	23
1.2. El sentido patrimonial del término <i>familia</i> en las XII Tablas.....	28
1.3. El sentido personal del término <i>familia</i> en las XII Tablas.....	34
1.4. El significado originario de la <i>familia</i>	37
2. <i>Pater familias appellatur, qui in domo dominium habet</i>	46
2.1. El trinomio <i>potestas manus mancipioque</i>	46
2.2. La naturaleza originaria del <i>mancipium</i> familiar.....	51
2.3. Bajo la <i>manus</i> del <i>pater familias</i>	57
2.4. En ausencia del <i>pater familias</i>	63
3. La necesaria aparición de la tutela en época antigua.....	65
3.1 Una potestad sobre personas <i>sui iuris</i>	65
3.2. <i>Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur</i>	69
3.3. <i>Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse</i>	74
4. La naturaleza originaria de la tutela	83
4.1. Servio Sulpicio Rufo: Una definición clásica de tutela	83
4.2. <i>Vis ac potestas</i>	85
4.3. <i>In capite libero</i>	89
4.4. <i>Ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit</i>	92
A modo de recapitulación.....	98

V. LA ARTICULACIÓN DEL ANTIGUO SISTEMA SUCESORIO	107
1. Identidad entre tutela y <i>hereditas</i>	109
1.1. El tutor heredero	109
1.2. La figura del <i>heres</i>	113
1.3. El objeto de la <i>hereditas</i> : <i>familia</i> y <i>pecunia</i>	118
1.4. Otros elementos que se transmiten con la <i>hereditas</i>	127
2. El sistema de sucesión hereditaria establecido en las XII Tablas	133
2.1. La redacción decenviral como punto de partida	133
2.2. <i>Uti legassit...ita ius esto</i> : las diferentes versiones de XII Tab. 5.3	136
2.2.1. La inconsistencia de la versión retórica	139
2.2.2. La versión procedente de Quinto Mucio	143
2.2.3. La versión de <i>Tit. Ulp.</i> 11.14	148
2.2.4. Una explicación de conjunto sobre la norma del <i>uti legassit</i>	152
2.3. <i>Si intestato moritur...</i> : las dos versiones de XII Tab. 5.4 y 5.5	157
2.3.1. Una versión retórica en paralelo a XII Tab. 5.3	160
2.3.2. La versión de <i>Tit. Ulp.</i> 26.1	163
2.3.3. Una tercera versión alternativa	165
3. La prioridad histórica de los denominados herederos naturales	169
3.1 Una visión de conjunto	169
3.2. <i>Sui et necessarii heredes</i>	172
3.3. <i>In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii</i>	178
3.4. Las distintas posibilidades de continuación familiar	182
3.5. El denominado <i>consortium ercto non cito</i>	186
3.5.1. <i>Societas legitima et naturalis</i>	186
3.5.2. <i>Societas inseparabilis</i>	193
3.5.3. El germen de la institución tutelar	200
4. La sucesión hereditaria en ausencia de <i>sui heredes</i>	204
4.1. La creación de un <i>suus heres</i> a través de la <i>adrogatio</i>	204
4.2. Las formas testamentarias primitivas	207
4.3. La sucesión de agnados y gentiles	219
4.4. Hacia un testamento moderno	227

A modo de recapitulación.....	236
VI. LA EVOLUCIÓN DE LA TUTELA: FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES.....	247
1. Las diferentes clases de tutela	249
1.1. Una clasificación sistemática de la tutela	249
1.2. Una tutela originariamente inamovible	253
1.3. La tutela testamentaria	262
1.4. Una tutela impuesta desde los poderes públicos.....	273
2. Las funciones del <i>tutor impuberum</i>	282
2.1. La instrucción del pupilo	282
2.2. Categorización de los impúberes	287
2.3. Una administración tutelar para los menores <i>qui fari non possunt</i>	298
2.4. <i>Auctoritas tutoris</i>	306
3. La responsabilidad del <i>tutor impuberum</i>	313
3.1 Una potestad con limitaciones	313
3.2. El compromiso del tutor	319
3.3. La persecución doméstica	324
3.4. El <i>consilium domesticum</i>	328
3.5. Sobre un posible <i>consilium</i> gentilicio	337
A modo de recapitulación.....	343
VII. <i>ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS</i>	353
1. La <i>actio rationibus distrahendis</i> en las fuentes	355
2. Una acción contemplada en las XII Tablas	358
3. Naturaleza de la <i>actio rationibus distrahendis</i>	361
3.1. <i>Tutores quam perfide agere</i>	361
3.2. Una acción penal especial.....	365
3.2.1. Sobre su posible acumulación con la <i>actio furti</i>	369

3.2.2. Sobre su posible acumulación con dos acciones reipersecutorias: la <i>actio tutelae</i> y la <i>condictio furtiva</i>	372
4. Procedimiento de la <i>actio rationibus distrahendis</i>	377
4.1. Articulación originaria conforme al sistema de las <i>legis actiones</i>	377
4.2. Incertidumbre sobre su fórmula edictal	380
5. Competencia para conocer del procedimiento	383
6. Contra quiénes se dirige la <i>actio rationibus distrahendis</i>	388
6.1. <i>Rationibus distrahendis actione tenentur omnes tutores</i>	388
6.2. Pluralidad de tutores: <i>Si ipsi tutores rem pupilli furati sunt</i>	395
7. Sujetos legitimados para ejercitar la acción	398
8. La pena <i>in duplum</i>	400
A modo de recapitulación.....	406
VIII. <i>ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS</i>	415
1. La <i>accusatio suspecti tutoris</i> en las fuentes	417
1.1. <i>Haec clausula et frequens, et pernecessaria est</i>	420
2. <i>Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere</i>	423
3. Naturaleza de la <i>accusatio suspecti tutoris</i>	428
3.1. <i>Ex quibus causis suspecti removeantur</i>	428
3.2. Una acción penal mixta	434
4. Procedimiento de la <i>accusatio suspecti tutoris</i>	440
4.1. Sobre la <i>cognitio</i> referida en las fuentes clásicas	440
4.2. Las distintas posibilidades procesales en época antigua.....	446
4.2.1. Un proceso sustentado sobre el <i>imperium</i> del magistrado	447
4.2.2. Una posible acusación a través del sistema de las <i>legis actiones</i>	455
4.2.3. La escasa viabilidad de un procedimiento criminal	468
4.3. La hipótesis en torno a la denominada “ <i>remotio simple</i> ”	470

5. Competencia para conocer de la <i>accusatio suspecti tutoris</i>	478
5.1. Competencia limitada por razón del territorio	478
5.2. Concurrencia con otros órganos jurisdiccionales	487
5.3. Delegación de las funciones jurisdiccionales	492
5.4. La situación competencial durante la época antigua	496
5.4.1. Una <i>cognitio</i> sustanciada por el pretor	497
5.4.2. Una posible resolución ante el tribunal de los <i>centunviro</i> s	499
5.4.3. Los magistrados encargados de los <i>iudicia publica</i>	509
6. Sujetos acusados como sospechosos	510
6.1. Sobre el momento en que podía ejercitarse la <i>accusatio</i>	510
6.2. <i>Et quidem omnes tutores possunt</i>	516
7. Legitimación para ejercitar la <i>accusatio suspecti tutoris</i>	527
7.1. Una <i>actio quasi publica</i>	527
7.2. <i>Quasi pupilli defensores</i>	537
7.3. Supuestos de acusación excepcionales	542
7.3.1. La acusación ejercitada por mujeres	543
7.3.2. La acusación ejercitada por libertos	550
7.3.3. La acusación ejercitada por personas tachadas con la nota de infamia	552
8. Consecuencias jurídicas de la <i>accusatio suspecti tutoris</i>	553
8.1. La remoción del tutor declarado sospechoso	553
8.2. La importancia del senadoconsulto mencionado en Gai. 1.182	560
8.3. Una condena de carácter infamante	568
8.4. La remisión ante el <i>praefectus urbi</i>	574
A modo de recapitulación	577
IX. SÍNTESIS CONCLUSIVA	595
X. BIBLIOGRAFÍA	613
XI. ÍNDICE DE FUENTES	661

I. TABLA DE ABREVIATURAS

AG	<i>Archivio Giuridico «Filippo Serafini».</i>
AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español.</i>
<i>Annali Camerino</i>	<i>Annali dell'Università di Camerino. Sezione giuridica.</i>
ANRW	<i>Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms in Spiegel der neueren Forschung.</i>
<i>Athenaeum</i>	<i>Athenauen. Studi di Letteratura e Storia dell'Antichità dell'Università di Pavia.</i>
AUCT	<i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania.</i>
AUPA	<i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo.</i>
BIDR	<i>Buletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja".</i>
Cass. Dion.	Dionysius Cassius Longinus.
Cato	Marco Porcius Cato.
C.I.	<i>Codex Iustinianus.</i>
Cic.	Cicero
CIL	<i>Corpus Inscriptionum Latinarum.</i>
CJ	<i>The Classical Journal.</i>
<i>Cod. Theod.</i>	<i>Codex Theodosianus.</i>
<i>Coll.</i>	<i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum: FIRA. II.</i>
CW	<i>The Classical Weekly.</i>
D.	<i>Digesta Iustiniani Augusti.</i>
Dion. Hal.	Dionysius Halicarnasseus.
Ed.	<i>Edictum.</i>
<i>EdD.</i>	<i>Enciclopedia del Diritto.</i>
Fest.	Festus.
FIRA	<i>Fontes iuris Romani anteiustiniani</i> , 3 vols. (Firenze, 1940-1943).
Frag. Aug.	<i>Fragmenta Augustodunensia: FIRA. II.</i>
Frag. Vat.	<i>Fragmenta quae dicuntur Vaticana.</i>

Gell.	Gellius.
Gai.	Gaius, <i>Institutionum commentarii</i> .
Epit. Gai	<i>Gai Epitome</i> .
<i>Hermes</i>	<i>Hermes. Zeitschrift für alte Geschichte, Revue d'histoire ancienne, Journal of Ancient History, Rivista di storia antica.</i>
<i>Index</i>	<i>Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of roman Law.</i>
Inst.	<i>Institutiones Iustiniani</i> .
Isid.	Isidorus Hispalensis.
Iul. Cap.	Iulius Capitolinus
<i>Ius</i>	<i>Ius. Rivista di scienze giuridiche.</i>
<i>Iura</i>	<i>Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico.</i>
<i>JRS</i>	<i>The Journal of Roman Studies.</i>
<i>Labeo</i>	<i>Labeo. Rassegna di diritto romano.</i>
Liv.	Livius.
Lucan.	Lucanus.
<i>NNDI</i>	<i>Novissimo digesto italiano.</i>
Non.	Nonius Marcellus.
<i>NRHD</i>	<i>Nouvelle Revue historique de droit français et étranger.</i>
Oros.	Orosius.
Ovid.	Ovidius.
Paul. Sent.	<i>Pauli Sententiae</i> .
Petron.	Petronius.
Plaut.	Plautus.
Plin. Maior	Plinius Maior.
Plin. Minor	Plinius Minor.
Plutar.	Plutarchus.
Polyb.	Polybius.
Quintil.	Quintilianus.

<i>RE</i>	<i>Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (Stuttgart).</i>
<i>Rhet. ad Her.</i>	<i>Rhetorica ad Herennium</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger.</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale des droits de l'Antiqué.</i>
<i>RIL</i>	<i>Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere.</i>
<i>RISG</i>	<i>Rivista italiana per le scienze giuridiche.</i>
Schol. Sin.	<i>Scholia Sinaítica.</i>
<i>SCDR</i>	<i>Seminarios Complutense de derecho romano.</i>
Serv.	Servius.
<i>SHDI.</i>	<i>Studia et documenta historiae et iuris.</i>
Sext. Emp.	Sextus Empiricus.
Sueton.	Suetonius.
Tacit.	Tacitus.
Teoph. Paraph.	<i>Teophilus Paraphrasis.</i>
Terent.	Terentius.
Tertull.	Tertullianus.
<i>Tij.</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The legal history review.</i>
Tit. Ulp.	<i>Titutli ex corpore Ulpiani.</i>
Val. Max.	Valerius Maximus.
Val. Prob.	Valerius Probus.
Vergil.	Vergilius.
XII Tab.	<i>Lex XII Tabularum.</i>
<i>ZSS</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Weimar).</i>

II. RESUMEN

Origen y Evolución de la *tutela impuberum*

Protección procesal a través de la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*

La situación de especial vulnerabilidad de los menores que, siendo jurídicamente independientes, se encuentran desamparados por carecer de *pater familias* ha suscitado históricamente una gran preocupación social. De acuerdo con la antigua mentalidad romana, aunque estos impúberes podían ostentar la titularidad tanto de derechos como de obligaciones, se consideraba que, por razón de su edad, no estarían capacitados para realizar una gestión efectiva de sus propios asuntos patrimoniales.

Ante los evidentes riesgos que entrañaba el reconocimiento de esa incapacidad, desde tiempos remotos se habrían articulado varios mecanismos jurídicos encaminados a salvaguardar los intereses patrimoniales de los menores. Entre todos esos instrumentos jurídicos destaca especialmente la tutela. A este respecto, las fuentes hacen referencia al nombramiento de diversas clases de tutores con el fin de proveer la asistencia para la celebración de los actos jurídicos y negociales que se considerasen oportunos a la hora de garantizar la conservación del patrimonio pupilar.

En consonancia con las amplísimas competencias administrativas reconocidas a los antiguos tutores, parece que desde el primer momento también se habría establecido un régimen de responsabilidad para controlar y, en su caso, sancionar las actuaciones realizadas en el desempeño de sus funciones. A este respecto, tenemos constancia de la existencia de diversos recursos procesales para perseguir las actuaciones fraudulentas de los tutores en perjuicio de los intereses de sus pupilos.

Nuestro estudio se ha centrado concretamente en las dos acciones más antiguas: la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*. A diferencia de otros recursos procesales más modernos como la *actio tutelae*, de la que se conserva mucha información en las fuentes, a día de hoy todavía planean numerosos interrogantes sobre origen, la naturaleza o la articulación procesal de estas dos acciones.

Con la presente investigación hemos intentado arrojar algo de luz sobre aquellas incertidumbres que todavía se plantea la doctrina moderna. Con este fin hemos tomado como punto de partida los testimonios contenidos en las fuentes romanas. Sin embargo, los textos conservados ofrecen una perspectiva de la regulación definitiva, pero guardan silencio sobre la articulación originaria de ambas acciones. Por ese motivo, nos hemos visto obligados a acudir a otros elementos que pudieran aportar una mayor información acerca del origen y evolución de la institución tutelar.

Sobre la base de este planteamiento de partida hemos procedido a enhebrar los cinco capítulos que componen el presente trabajo a partir de la originaria concepción de la antigua familia romana. Consecuentemente, el primer capítulo se ocupa de destacar la autoridad del *pater familias* como garante de la continuidad familiar. Únicamente desde esa perspectiva se pueden llegar a comprender las causas que, desde tiempos remotos, habrían propiciado la aparición de las diversas modalidades tutelares.

Dado que las designaciones de los tutores se articulaban conforme al sistema de sucesión hereditaria, la segunda parte de la tesis doctoral aparece dedicada al estudio de la originaria regulación del fenómeno sucesorio. Con ese objetivo hemos reconstruido el posible tenor literal de las tres principales disposiciones decenvirales que regulaban la sucesión hereditaria en las XII Tablas. Como resultado de la interpretación del posible contenido de esas disposiciones hemos interpretado cómo se habría articulado el orden de llamamientos establecido para el cargo de tutor.

Gracias a toda esa información hemos podido analizar de forma separada cada una de las tres grandes *species tutelarum*, para posteriormente trazar la evolución de la tutela desde una concepción marcadamente potestativa hasta convertirse, merced a la creciente intervención de los poderes públicos, en una institución de carácter asistencial. En paralelo a esa funcionalidad asistencial, hemos destacado la paulatina restricción de las competencias originariamente atribuidas al tutor, al mismo tiempo que aumentaban sus obligaciones y, en consecuencia, sus responsabilidades.

Una vez conocido el régimen jurídico aplicable a los tutores, nuestra atención se ha centrado en determinar cómo se habrían limitado y, en su caso, sancionado los malos comportamientos del tutor en los primeros compases de la institución tutelar.

La última parte del trabajo se ocupa de los dos principales recursos procesales que, de acuerdo con las fuentes, remontaban sus orígenes a la ley de las XII Tablas: la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*.

Trabajando en todo momento sobre los testimonios que se han conservado sobre ambas acciones, en los dos últimos capítulos se examina de forma separada sus posibles orígenes decenvirales, la naturaleza de ambos recursos procesales, cómo se articulaba el procedimiento, cuáles eran los órganos competentes, contra qué tutores podía dirigirse cada una de estas acciones, quién estaba legitimado para ejercitarlas y cuáles eran las consecuencias jurídicas que se derivaban en caso de condena.

De esta forma, la tesis doctoral adopta una panorámica de conjunto para afrontar el estudio del régimen de responsabilidad de los tutores en época antigua. A partir del análisis de la configuración originaria del grupo familiar se asientan las bases sobre las que habría tenido lugar la aparición de la tutela y, solo tras haber analizado la evolución histórica de esta institución, se intenta dar respuesta a las principales incertidumbres que todavía existen sobre estos dos recursos procesales.

II. SUMMARY

Origin and evolution of the *tutela impuberum*

Procedural protection through the *actio rationibus distrahendis* and the *accusatio suspecti tutoris*

The situation of special vulnerability of the minors who, being juridically independent, are helpless due to the lack of *pater familias* has historically aroused great social concern. In accordance with the old Roman mentality, although these underages minors could be the holders of both rights and obligations, it was considered that, due to their underage status, they would not be prepared to effectively manage their own patrimonial matters.

Given the obvious risks involved in the recognition of this inability, several legal mechanisms that aimed at safeguarding the patrimonial interests of minors have been articulated since ancient times. Among all these legal instruments, the guardianship stands out. In this regard, the Roman sources refer to the appointment of various types of tutors with the aim of providing assistance in the celebration of legal and business acts deemed appropriate to ensure the preservation of the minor's wealth.

In line with the very broad administrative competencies recognized to ancient tutors, it seems that, from the outset, a liability regime was established to control and, where appropriate, sanction the actions taken in the performance of their duties. In this regard, we know for certain the existence of various procedural resources to prosecute the fraudulent actions of the guardians to the detriment of the interests of their minors under guardianship.

Our study has focused specifically on the two eldest actions: the *actio rationibus distrahendis* and the *accusatio suspecti tutoris*. Unlike other more modern procedural resources such as the *actio tutelae*, of which Roman sources preserve such a lot of information, there are still today many questions about the origin, the nature or the procedural articulation of these two actions.

With this investigation we have tried to shed some light on those uncertainties that modern doctrine still raises. To this end we have taken as a starting point the testimonies contained in the Roman sources. However, the preserved texts offer a perspective of the final regulation, but do not offer information about the original articulation of both actions. For this reason, we have been forced to resort to other elements that could provide more information about the origin and evolution of the guardianship institution.

Building on this initial approach we have proceeded to develop the five chapters that make up this work on the basis of the original conception of the ancient Roman family. Consequently, the first chapter highlights the authority of the *pater familias* as guarantor of family continuity. Only from that perspective one can come to understand the causes that, from remote times, would have favored the appearance of various guardianship modalities.

Given that the tutors were appointed according to the system of hereditary succession, the second part of this doctoral thesis is dedicated to the study of the original regulation of the phenomenon of succession. To that end, we have rebuilt the possible literal tenor of the three main *decenviral* dispositions that regulated hereditary succession in the XII Tables. As a result of the interpretation of the possible content of these provisions, we have interpreted how the order of calling in the line of succession established for the position of guardian would have been articulated.

Thanks to all this information we have been able to analyze each of the three great *species tutelarum* separately, and then trace the evolution of the guardianship from a markedly facultative conception to become, thanks to the increasing intervention of the public authorities, an aid and support institution. In parallel to this aid functionality, we have highlighted the gradual restriction of the powers originally attributed to the tutors, at the same time that their obligations increased and, consequently, also their responsibilities.

Once the legal regime applicable to tutors is known, our attention has focused on determining how the misconduct of the tutors in the first steps of the guardianship institution would have been limited and, where appropriate, sanctioned.

The last part of the work deals with the two main procedural resources that, according to the sources, traced their origins to the law of the XII Tables: the *actio rationibus distrahendis* and the *accusatio suspecti tutoris*.

Working always on the testimonies that have been preserved about both actions, in the last two chapters we examine separately their possible *decenviral* origins, the nature of both procedural resources, how the procedure was articulated, which were the competent bodies, against which tutors each of these actions could be addresses, who was entitled to exercise them and what were the juridical consequences that were derived in case of conviction.

In this way, the doctoral thesis adopts a general overview to deal with the study of the responsibility regime of tutors in ancient times. The analysis of the original configuration of the family group lays the foundations on which the appearance of the guardianship would have taken place. And then, after analyzing the historical evolution of this institution, we attempt to provide an answer to the main uncertainties that still remain about these two procedural resources.

III. NOTA PRELIMINAR

El propósito inicial de nuestro trabajo tenía por objeto llevar a cabo un análisis en profundidad de los principales recursos procesales con los que habrían contado los pupilos para hacer frente a las actuaciones fraudulentas de sus tutores durante la época antigua. En concreto, nuestra atención debía centrarse en las dos acciones relativas a la *tutela impuberum* cuyo origen se remonta, de modo indudable, a tiempos remotos: nos referimos evidentemente a las acciones que en época clásica reciben la denominación de *actio rationibus distrahendis* y *accusatio suspecti tutoris*.

La elección de ese objeto de estudio obedece a que estos dos recursos procesales presentan todavía numerosos puntos oscuros, cosa que no sucede con la *actio tutelae*, tratada hasta la saciedad por la romanística moderna. Mientras que de esta última se ha conservado mucha información en las fuentes e incluso conocemos su fórmula edictal, sobre las otras dos acciones todavía planean multitud de incertidumbres en relación con su naturaleza, funcionalidad y articulación.

Tras una primera toma de contacto con las fuentes y la literatura moderna sobre esta materia, pronto fuimos conscientes de que para realizar un trabajo bien acabado, resultaba imprescindible adoptar una perspectiva más amplia. Esto implicaba que necesariamente debíamos remontar nuestra investigación a los orígenes de la institución tutelar con el fin de profundizar en las causas que habrían motivado la aparición de las distintas *species tutelarum*, conocer sus diferencias y así analizar los correspondientes recursos procesales para perseguir a los tutores fraudulentos.

Una primera aproximación al estudio de la institución tutelar puso de manifiesto los evidentes paralelismos con la regulación del fenómeno sucesorio. En ambos casos se trata de ordenaciones que tomaban como punto de partida la muerte del *pater familias* y, por encima de todo, estaban orientadas a salvaguardar la noción de continuidad familiar. Como resultado de esta identificación, hemos considerado imprescindible adentrarnos en la ordenación del primer sistema sucesorio romano, con el fin de comprender cómo se habrían articulado las tres principales modalidades tutelares, también encaminadas a la protección de la noción de continuidad familiar.

Únicamente conociendo la trascendencia de las comunidades familiares durante la época antigua pueden apreciarse las causas que habrían motivado la aparición de una institución tutelar que presenta diversas modalidades articuladas conforme al originario sistema de sucesión hereditaria romano. El estudio de todas estas materias ha implicado que a lo largo de nuestra investigación doctoral tuvieramos que hacer frente a una serie de dificultades adicionales, pero también nos ha permitido asentar unas bases sólidas para el posterior desarrollo de la tesis doctoral.

Como resultado de nuestro planteamiento, este trabajo presenta una dimensión física que no podíamos adivinar al comienzo del mismo. Solo así puede explicarse que la estructura interna aparezca dividida en dos partes claramente diferenciadas, hasta el punto de que, en la práctica, podría entenderse que se compone de dos estudios yuxtapuestos: el primero se centraría en las causas que habrían propiciado la aparición de la institución tutelar y su articulación conforme al sistema de sucesión hereditaria, mientras que la segunda parte se circunscribiría a los dos recursos procesales de origen más antiguo empleados para perseguir a los tutores fraudulentos.

IV. LA FUNCIÓN ORIGINARIA DE LA TUTELA

1. Una potestad familiar

- 1.1. Los distintos significados del término *familia*
- 1.2. El sentido patrimonial del término *familia* en las XII Tablas
- 1.3. El sentido personal del término *familia* en las XII Tablas
- 1.4. El significado originario de la *familia*

2. *Pater familias appellatur, qui in domo dominium habet*

- 2.1. El trinomio *potestas manus mancipioque*
- 2.2. La naturaleza originaria del *mancipium* familiar
- 2.3. Bajo la *manus* del *pater familias*
- 2.4. En ausencia del *pater familias*

3. La necesaria aparición de la tutela en época antigua

- 3.1 Una potestad sobre personas *sui iuris*
- 3.2. *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur*
- 3.3. *Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*

4. La naturaleza originaria de la tutela

- 4.1. Servio Sulpicio Rufo: Una definición clásica de tutela
- 4.2. *Vis ac potestas*
- 4.3. *In capite libero*
- 4.4. *Ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*

A modo de recapitulación

1. UNA POTESTAD FAMILIAR

1.1. LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO *FAMILIA*

El término *familia* presentaba una amplísima variedad semántica en el ámbito jurídico, pues las fuentes atestiguan que se empleaba desde tiempos remotos para hacer referencia tanto a los bienes patrimoniales como a las personas que formaban parte de una cierta comunidad doméstica. Sin embargo, la ausencia de textos que aborden esta cuestión durante la época antigua implica que a pesar de los numerosos estudios que se han dedicado a esta materia, todavía resulte complicado determinar el sentido originario del término y su posterior evolución terminológica.

El testimonio más antiguo que se conoce relativo a su posible origen etimológico se remonta a los escritos de Pablo el Diácono, historiador de la época de Carlomagno que en su obra *Excerpta ex libris Pompei Festi de significatione verborum* reproduce de manera sintetizada buena parte del contenido lingüístico de los veinte volúmenes que componían el epítome *De significatione verborum* redactado por el historiador y gramático latino Sexto Pompeyo Festo en el siglo II d.C.¹, quien a su vez había realizado su obra sobre la base de un tratado alfabéticamente ordenado y más amplio sobre la lengua latina, redactado por el lexicógrafo Marco Verrio Flaco, que desarrolló su labor durante los mandatos de Augusto y Tiberio.

En relación a nuestro objeto de estudio, Festo afirma que la *familia* designaba antiguamente a un conjunto de hombres libres, entre los que destacaban las figuras del *pater* y la *mater familiae* como autores de la descendencia del resto de miembros de la *familia*, que recibían la calificación de familiares.

Fest., s.v. *familia*, L. 76: *Familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater et mater familiae: unde familia nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum. Et familiares ex eadem familia. Postea hoc nomine etiam famuli appellari coeperunt, permutata I cum U littera.*

¹ Las reproducciones más importantes de la obra de Festo se remontan a los trabajos del historiador francés Joseph Justus Scaliger (1565) y el humanista italiano Fulvio Orsini (1581); en la actualidad existen diversas reconstrucciones, aunque por lo general se suele acudir a la obra de LINDSAY, W. M., *Sexti Pompei Festi, De Verborum Significatu quae supersunt cum Pauli Epitome*, ed. W. M. Lindsay (Leipzig, 1933), que será la que utilizaremos en este estudio.

La parte más interesante del fragmento parece encontrarse en la última frase, donde tras haberse referido a su significado original, Festo afirma que con posterioridad el término *familia* se habría utilizado para designar a los *famuli*. Esta afirmación nos conduce inmediatamente a preguntarnos acerca del antiguo significado de la palabra *famulus*. Afortunadamente, el propio Festo también recoge en su epítome una sucinta entrada en la que aclara el origen de este término.

Fest., s.v. *famulus*, L. 76: *Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata.*

De acuerdo con la afirmación del gramático romano, este vocablo provendría de la lengua osca, en la que se habría utilizado el vocablo *famel* para referirse a los siervos o esclavos², concepción que concuerda con el testimonio de diversos autores literarios de finales de la época antigua³. Festo concluye indicando que en esa raíz etimológica debe encontrarse el origen del término *familia*.

Desde el punto de vista filológico esta afirmación parece congruente, pues la palabra *familia* derivaría del sustantivo singular *famulus* de igual manera que el término *Sicilia* provenía del vocablo *siculus*⁴. Sobre la base de esta aseveración, la mayor parte de la doctrina ha tendido a interpretar que el significado originario de la *familia* aludiría entonces al conjunto de esclavos que convivían bajo un mismo techo, en contraposición a las agrupaciones de esclavos de carácter gentilicio⁵.

² ERNOUT, A. y MEILLET, E., s.v. *famulus*, en *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (París, 1951), p. 329, sostienen que la afirmación de Festo se puede confirmar gracias a distintas inscripciones de origen osco, umbro y peligno. No obstante, estos autores destacan que a la vista de la distinción que los antiguos gramáticos latinos parecen trazar entre los conceptos de *famulus* y *servus* (Isid., *Differentiarum*, ed. MIGNE, J. P., *Patrologie latine*, vol. V (París, 1850), p. 525), es posible que habitualmente el término *famulus* fuera acompañado de un sufijo que designaría las funciones específicas que realizaba ese esclavo. Ahora bien, reconocen que esta distinción no parece que se respetase en la práctica, pues en la Eneida se emplea el término *famulus* para referirse a la posición de cautiva de guerra de Andromaca en un sentido general (Vergil., *Aeneis* 3.329).

³ Diversos autores del siglo III y II a.C. emplean el término *familia* para referirse al conjunto de esclavos sometidos a un mismo *pater familias*. En este sentido, vid. Plauto (*Captivi* 307; *Casina* 330; *Menaechmi* 623; *Mercator* 69; *Miles Gloriosus* 278 y 351; *Mostellaria* 106; *Persa* 213; *Poenulus* 168, 186 y 396; *Trinummus* 250) y Terencio (*Heauton Timorumenos* 751, *Phormio* 571, *Adelphoe* 89 y 910).

⁴ Como señalaron en su momento MEILLET, A., Y VENDRYES, J., *Traité de grammaire comparée des langues classiques* (París, 1927), p. 110, este fenómeno lingüístico se produce como consecuencia de que delante de una *l* palatal, todas las vocales breves tienden a convertirse en *i*.

⁵ ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym.*, cit., s.v. *famulus*, p. 329.

No obstante, esta interpretación no termina de encajar con el fragmento anterior, pues mientras que, por un lado, señalaba que *familia* derivaba del término *famulus*, que antiguamente habría aludido a los siervos o esclavos, por otra parte, afirmaba que con anterioridad el término se habría utilizado para referirse a conjuntos de personas libres. Ciertamente ambas explicaciones no parecen coincidentes, pero tampoco se muestran incompatibles. Y dado que no parece que haya motivos para descartar la autenticidad de ninguna de ellas, solo cabría entender que en un primer momento el término *famulus* presentaba algún significado distinto al de esclavo⁶.

Sin embargo, los diferentes estudios etimológicos que han intentado arrojar algo de luz sobre el sentido originario del término *familia* no han proporcionado ninguna certidumbre. Mientras que algunos autores sostienen que la palabra proviene del osco *famel* y haría referencia al habitante de la casa⁷, otros consideran que se derivaría de una raíz indoeuropea alusiva al hogar o a la casa (*dhē – dhemo*)⁸ o que incluso estaría asociado con la noción del *fas* (*bha – fas – fari*)⁹. Ahora bien, ninguna de estas teorías ha terminado de convencer a la doctrina más autorizada, que ha criticado todas estas conjeturas con mayor o menor vehemencia¹⁰.

⁶ Esta misma idea fue expresada ya por HENRION, R., «Des origenes du mot *Familia*», en *L'Antiquité Classique*, 10 (1942), pp. 267 ss., quien consideraba que la multiplicidad de elementos que aparecen referidos a la *familia* en las fuentes romanas, entre los que se cuentan terrenos, animales, esclavos y personas libres, no podía partir de una concepción originariamente limitada a los esclavos.

⁷ Las teorías sobre el pretendido origen osco del término *familia*, defendidas en su momento por autores como BRÉAL M. y BAILLY A., *Dictionnaire étymologique latin* (París, 1885), p. 84; BUCK, C. D., *Der Vokalismus der oskischen Sprache* (Leipzig, 1892), p. 24, se consideran actualmente superadas.

⁸ Se trata de una hipótesis que aparece planteada en la obra de numerosos autores de origen germánico, entre los que destacan JOHANSSON, K. F., «Indische Miszellen», en *Indogermanische Forschungen*, 3 (1894), p. 231; BRUGMANN, K., «Zu den Benennungen der Personen des dienenden Standes in den indogermanischen Sprachen», en *Indogermanische Forschungen*, 19 (1906), p. 377; MÜLLER, F., *Altitalisches Wörterbuch* (Gotinga, 1926), p. 504; REICHELT, H., «Studien zur lateinischen Laut- und Formenlehre», en *Zeitschrift für vergleichende Sprachwissenschaft auf dem Gebiete der Indogermanischen Sprachen*, 46, B.4 (1914), p. 344; POKORNY, J., *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch* (Berna, 1959), p. 239.

⁹ Esta es la atractiva hipótesis propuesta por WILMS, J. G. A., «Bemerkungen omtrent de sociologie der oud-latijnsche familie», en *Tijdschrift voor Economie et Sociologie* (1937), pp. 58 ss., a la que se adhiere posteriormente HENRION, R., *Des origenes du mot Familia*, cit., pp. 261 ss. Sin embargo, esta teoría ha sido desarbolada por la acertada crítica de ALBANESE, B., «La successione ereditaria in diritto romano antico», en *AUPA*, 20 (1949), pp. 267 ss., pues como había demostrado ORESTANO, R., «Dal *ius* al *fas*», en *BIDR*, 46 (1939), pp. 194 ss., el uso sustantivado del término *fas* es muy tardío, de forma que resulta difícil pensar que pudiera haberse empleado antes del siglo I a.C.

¹⁰ WALDE, A. y HOFFMAN, J. B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg, 1938), pp. 452 ss.; ERNOUT-MEILLET, *Dict. étym.*, cit., p. 329; SACHERS, E. "*Paterfamilias*", en *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, 18, t. 4 (1978), p. 2123.

En realidad, las únicas certidumbres que nos ofrece la disciplina filológica a este respecto se limitan a reconocer el origen indoeuropeo del término *familia* y aceptar su estrecha vinculación con la palabra *famulus*. Sin embargo, los análisis etimológicos se han demostrado ineficaces a la hora de explicar un sentido originario del término que permita explicar su evolución posterior. Todas las teorías anteriormente mencionadas no pasan de ser un conjunto de hipótesis doctrinales fundamentadas sobre la base de construcciones filológicas con cierta verosimilitud, pero que no encuentran ningún respaldo decisivo en las fuentes de época antigua.

A este respecto puede resultar oportuno acudir a la famosa exposición recogida en los comentarios al Edicto de Ulpiano en la que se ocupa sobre la diversidad terminológica de la palabra *familia* en el ámbito jurídico¹¹. Con su característico estilo, el jurista traza un minucioso recorrido a través de los distintos significados que la palabra *familia* presentaba en las fuentes jurídicas. Si bien es cierto que se trata de un jurista de la época severiana, el rigor y la meticulosidad de su actividad compiladora ofrecen suficientes garantías en relación con los testimonios en que se refiere a otros períodos históricos de la historia jurídica romana.

En consonancia con su minuciosa labor de recopilación enciclopedista, Ulpiano comienza su exposición general sobre la *familia* aludiendo al que posiblemente fuera el precedente más antiguo del que se tuviera noticia sobre la utilización del término en un sentido jurídico y, luego, se refiere a los restantes significados que posiblemente se fueron desarrollando con el tiempo. De esta forma, comienza destacando que en la ley de las XII Tablas ya se empleaba la palabra *familia* tanto en relación con los bienes patrimoniales como en un sentido puramente personal.

Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.1: "*Familiae*" *appellatio qualiter accipiat, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: "ex ea familia", inquit, "in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat.*

¹¹ Vid. *infra* Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.1-5.

Aunque no especifica cual habría sido el sentido originario del término *familia*, el texto aporta una valiosa información. Gracias al testimonio de Ulpiano sabemos que desde la época de las XII Tablas existían dos acepciones de la *familia* claramente diferenciadas en el ámbito jurídico. De hecho, con el fin de otorgar mayor autoridad a su afirmación, la primera parte de su exposición concluye con la muestra de dos ejemplos literales extraídos directamente de disposiciones decenvirales en los que se ponía de manifiesto esa diversidad semántica.

A pesar de que las dos referencias textuales proporcionadas por Ulpiano resultan ciertamente exiguas, su exposición nos ofrece un buen punto de partida para comenzar el análisis del significado originario del término *familia*. Sobre la base de esas dos citas textuales pretendemos arrojar algo de luz tanto sobre su sentido primigenio como sobre su posterior evolución en el tiempo.

1.2. EL SENTIDO PATRIMONIAL DEL TÉRMINO *FAMILIA* EN LAS XII TABLAS

En consonancia con el comienzo de su exposición, el primero de los ejemplos mencionados por Ulpiano se refiere a la *familia* en un sentido netamente patrimonial. Se trata de un fragmento decenviral relativo al ámbito del derecho de sucesiones, que de acuerdo con las reconstrucciones modernas del contenido de la ley de las XII Tablas se suele situar en la quinta tabla¹².

XII Tab. 5.4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto* (Tit. Ulp. 26.1).

La *familia* se refiere al conjunto de bienes materiales que debían transmitirse al pariente agnado más próximo del sujeto que había fallecido intestado y que carecía de *sui heredes*, es decir, se trata de un término que designaba el objeto principal de la sucesión *mortis causa*. Sin embargo, la exposición de Ulpiano no aclara qué clase de bienes formaban parte de ese conjunto patrimonial. Puesto que el cabeza de familia ostentaba la titularidad de todos los bienes en el seno de la comunidad doméstica, cabe preguntarse si la utilización del término en sentido patrimonial aludía realmente a todos los bienes que conformaban el patrimonio doméstico.

A este respecto, debemos recordar que el dominio privativo de los bienes por parte de un *pater familias* se establece en contraposición a la naturaleza originariamente colectiva de la tierra. Mientras que en los primeros compases de la historia de Roma habría existido una especie de apropiación y disfrute colectivo del suelo por parte de los miembros de los clanes gentilicios¹³, con el paso del tiempo se promovió la división del terreno entre los diferentes grupos que componían cada *gens*.

¹² Un análisis pormenorizado del contenido de esta disposición decenviral en el apartado V.2.3.

¹³ La teoría que defiende la existencia de una cierta coposesión gentilicia de la tierra en época precívica hunde sus raíces en las obras decimonónicas de autores como NIEBHUR, B. G., *Römische Geschichte*, vol. II (Berlín, 1836), p. 69 o MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, vol. III (Leipzig, 1875), pp. 166 ss., que han sido generalmente aceptadas. Entre las contribuciones más modernas destaca la opinión de SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella Storia di Roma*, vol. I (Nápoles, 1987), pp. 47 ss., quien a pesar de reconocer la ausencia de fuentes que corroboren esta perspectiva, considera que la vinculación entre las denominaciones gentilicias y las primeras tribus de Roma denota la estrecha relación entre las *gens* y los territorios donde se asentaban, que habrían sido utilizados para desarrollar actividades de pastoreo comunales. En apoyo de esta tesis, las fuentes recuerdan la atribución de terrenos a grupos gentilicios, como en el caso de los Claudios en el año 495 a.C. (Liv. 2.16; y Dion. Hal. 5.40) o de los Tarquinos cuando llegan a Roma (Dion. Hal. 3.48.2). A este respecto, *vid.* FRANCIOSI, G., *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, vol. III (Nápoles, 1995), pp. 14 ss.

El relato tradicional atribuye la repartición de porciones de terreno cultivable a Rómulo¹⁴, quién se habría encargado de asignar lotes de dos yugadas de tierra a cada *pater familias* para que estableciese allí su comunidad doméstica¹⁵. Si bien parece que esta extensión terrenal resultaba ciertamente insuficiente para el sostenimiento de una *familia* romana¹⁶, esta atribución constituye el punto de partida para que se pueda hablar de un patrimonio privativo de carácter familiar.

La particularidad de esta asignación territorial radica en su carácter inalienable, pues a pesar de que la titularidad del *heredium* corresponde al *pater familias*, la tierra presenta una dimensión familiar. Esos terrenos se encuentran naturalmente vinculados a la comunidad doméstica, pues constituían su lugar de asentamiento y garantizaban la subsistencia de todos sus componentes. Por esa razón, no se admitía la libre disposición de esas parcelas, que necesariamente debían permanecer vinculadas al grupo familiar. Así se explica que la ley de las XII Tablas hubiera dispuesto que en el caso de que el *pater familias* que hubiera fallecido intestado careciese de *sui heredes*, su *familia* fuese transmitida a los parientes agnados más cercanos y, en defecto de estos, a los gentiles¹⁷. Con estas delaciones se buscaba mantener, en todo caso, esos bienes dentro de la esfera familiar a la que naturalmente pertenecían.

¹⁴ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., «Las “gentes” y la propiedad colectiva», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]*, XXXII (Valparaíso, 2010), pp. 39 ss., considera que la referencia a Rómulo constituye una anticipación legendaria de una atribución que en realidad fue llevada a cabo por los reyes etruscos.

¹⁵ Varro, *Rerum rust.*, 1.10.2: *Quoquo versum quadratum. Iugerum, quod quadratos duos actus habeat. Actus quadratus, qui et latus est pedes cxx et longus totidem: is modus acnua latine appellatur. Iugeri pars minima dicitur scripulum, id est decem pedes et longitudine et latitudine quadratum. Ab hoc principio mensores non numquam dicunt in subsicivum esse unciam agri aut sextantem, si quid aliud, cum ad iugerum pervenerunt, quod habet iugerum scripula cclxxxviii, quantum as antiquos noster ante bellum punicum pendebat. Bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellant. Haec postea centum centuria. centuria est quadrata, in omnes quattuor partes ut habeat latera longa pedum æ150 æ150 c æ1119. Hae porro quattuor, centuriae coniunctae ut sint in utramque partem binae, appellantur in agris divisae viritim publice saltus.*

¹⁶ La atribución de dos yugadas de terreno se corresponde con una unidad de magnitud agrícola empleada con cierta frecuencia en la antigua Roma (Liv. 4.47.7; 6.16.7; 6.36.11), que tradicionalmente recibía la denominación de *heredium*. No obstante, su extensión equivalía aproximadamente a media hectárea, lo que no sólo habría constituido un espacio demasiado reducido para el desarrollo conjunto de actividades agrícolas y pastorales por parte de cada *familia*, sino que, además, en ningún caso este reparto habría comprendido la totalidad del territorio romano. Por esos motivos, DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua*, vol. I (Madrid, 1985), p. 13, considera que durante un tiempo los grupos familiares habrían conjugado el desarrollo de ciertas labores agrícolas en sus parcelas particulares con actividades de pastoreo en tierras de titularidad gentilicia.

¹⁷ XII Tab. 5.5: *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento* (Tit. Ulp. 26.1).

Sobre la base de este planteamiento, tradicionalmente se ha mantenido que la *familia* en sentido patrimonial que aparece referida en la ley de las XII Tablas estaría constituida por los bienes de mayor relevancia económica, entre los que ocuparían un lugar primordial los terrenos comprendidos en el *heredium*. En contraposición a estos, bajo la denominación de *pecunia*, se aludiría a los bienes de menor valor que podían enajenarse sin restricciones debido a su naturaleza privativa. Desde esta perspectiva, la *familia* y la *pecunia* se corresponderían con la distinción entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*, que se remontaría a los orígenes de Roma¹⁸.

Los defensores de esta teoría mantienen que la regulación decenviral sobre el fenómeno sucesorio distinguía entre la antigua sucesión intestada, que habría recaído sobre la *familia* entendida como un conjunto universal de bienes que pertenecían a la comunidad, y la sucesión testamentaria, que tendría por objeto la *pecunia*, es decir, la parte del patrimonio de la que podía disponer libremente el causante¹⁹. Sin embargo, a pesar de que la argumentación resulta sugerente, cuesta entender qué razones habrían impulsado a los romanos a excluir todas las *res nec Mancipi* de la pretendida delación intestada recogida en la ley de las XII Tablas²⁰.

¹⁸ Esta distinción procede de la obra de autores como IHERING, R., «Rechtsschutz gegen gegen injuriöse Rechtsverletzungen», en *Jahrbücher für die Dogmatik des Rechts*, 11 (1885), p. 204, que consideraba que la *familia* se habría utilizado originariamente para designar a las *res Mancipi*, mientras que los bienes que conformaban la *pecunia* habrían recibido la calificación negativa de *res nec Mancipi*, puesto que no formaban parte del patrimonio familiar. Esta teoría recibió una gran acogida por parte de autores tan destacados como KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte. II: Privatrecht, Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess* (Leipzig, 1901), pp. 73 ss.; MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (Leipzig, 1908), pp. 79 ss.; BONFANTE, P., «*Res Mancipi e res nec Mancipi*» (Roma, 1888), reeditada como «*Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*», en *Scritti giuridici varii 2* (Turín, 1918), pp. 170 ss.; SIBER, H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II: Römisches Privatrecht* (Berlín, 1928), pp. 328 ss.; CORNIL, G., *Ancien Droit romain. Le Problème des origines* (París, 1930), pp. 38 ss.; WLASSAK, M., «*Studien zum Altrömischen Erb- und Vermächtnissrecht*», en *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaft in Wien, Phil.-hist. Klasse*, 215 Bd. 2 (1933), pp. 5 ss.; WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman Law. Comparative sociological Studies. The patriarchal joint Family. II. Joint family and Family Property* (Copenhague-Londres, 1934), pp. 57 ss.; WIEACKER, F., «*Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*», en *Festschrift Siber I* (1940), pp. 9 ss.

¹⁹ IGLESIAS, J., «Miscelanea crítica (*Bona, familia, pecunia, hereditas, heres, succedere* en las fuentes)», en *Revista de la Universidad de Oviedo*, 4 (1943), pp. 40 ss. (= *Estudios. Historia de Roma – Derecho Romano – Derecho Moderno* (Madrid, 1985), pp. 237 ss.

²⁰ En este sentido, DIOSDI, G., *Ownership in ancient and preclassical Roman law* (Budapest, 1970), pp. 25 ss., crítica que, de acuerdo con el planteamiento tradicional, si un *pater familias* moría sin haber hecho testamento, existía el riesgo de que muchos bienes muebles de gran valor económico pudieran quedar en situación de titularidad vacante y, por tanto, disponibles para la libre ocupación por parte de terceros desde el momento del fallecimiento del *pater familias*.

Si bien es cierto que muchos de los bienes considerados *res nec Mancipi* podían presentar una naturaleza esencialmente privativa, no cabe duda de que existían otros que estaban vinculados a la comunidad en su conjunto. Por ese motivo, resultaría extraño pensar que la concepción de la *familia* en sentido patrimonial estuviera originariamente limitada a las *res Mancipi*, excluyendo otros bienes que, independientemente de su valor económico, representaban una utilidad para la comunidad doméstica. La consideración de los bienes familiares no parece que pueda establecerse conforme a criterios de valor, sino que la originaria noción de *familia* en sentido patrimonial debe entenderse como el conjunto de bienes que conformaban el patrimonio doméstico²¹.

A pesar de la escasez de fuentes antiguas sobre esta cuestión, varios textos que remiten a época postdecenviral parecen confirmar que el sentido patrimonial de *familia* se equiparaba con el de patrimonio doméstico. La referencia conocida más antigua se encuentra en los escritos de Tito Livio en relación con una disposición sancionatoria recogida en las *leges Valeriae Horatiae* del año 449 a.C.

Liv. 3.55.7: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur, cuius rei prope iam memoria aboleverat, relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis renovarunt, et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret.*

En el contexto de las conquistas jurídicas alcanzadas por los plebeyos, Tito Livio destaca que la inviolabilidad de los tribunos de la plebe no sólo se aseguró mediante la recuperación de ciertos ritos sagrados tradicionales, sino que se promulgaron estas *leges Valeriae Horatiae* para que cualquier persona que ofendiese a un tribuno de la plebe fuese condenado a muerte y que su *familia*, entendiendo aquí como tal su patrimonio, fuera asignada a los templos de Ceres, Liber y Libera.

²¹ En esta línea se pronuncian autores como BESELER, G., «Glossen zum Privatrechte der römischen Republik», en ZSS, 54 (1934), pp. 321 ss.; KUNKEL, W. y JÖRS, P., *Römisches Privatrecht* (Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1949), pp. 64 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano* (Roma, 1928), pp. 621 ss.; KASER, M., *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht* (Colonia-Graz, 1956), p. 168; VOGLI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. I (Milán, 1963), pp. 23 ss., y especialmente ALBANESE, B., «La successione ereditaria in diritto romano antico», en AUPA, 20 (1949), pp. 258 ss., donde realiza un recorrido por las distintas posturas doctrinales sobre la cuestión.

Con un sentido similar, diversas fuentes de la época antigua atestiguan el uso de la expresión “*minor pars familiae*” para referirse a la imposición de sanciones por una cuantía inferior a la mitad del patrimonio del infractor. Festo²² recuerda que esta locución se utilizaba en la *lex Silia de ponderibus publicis*²³ para sancionar a aquellos magistrados que actuaban de forma fraudulenta contra los principios de la *fides* pública. Asimismo, aparecía en una disposición de la *lex latina tabulae Bantinae*²⁴ e incluso se tiene constancia de una mención a esta cláusula en un discurso senatorial pronunciado por Catón en favor de los rodios en el año 167 a.C.²⁵.

Todos estos textos se remontan a disposiciones jurídicas antiquísimas, en las que la utilización del término *familia* parece conservarse únicamente para fórmulas jurídicas consolidadas por el paso del tiempo. La conservación de expresiones como la sanción aplicada en la “*minor pars familiae*” ponen de manifiesto que anteriormente la palabra *familia* se habría utilizado para hacer referencia al patrimonio doméstico en un sentido muy amplio. De este modo, a pesar de que con el tiempo es muy probable que fuera sustituida por una terminología más técnica²⁶, todavía persistieron ciertos trazos de su significado original en esas fuentes tan antiguas.

²² Fest., F. 246.45, FIRA I (Florenia, 1941): *Si quis magistratus adversus hac dolo malo pondera, modiosque, vasaque publica modica, minora, maiorave faxit, iussitve [re]fieri, dolumve adduit quo ea fiant, eum quis volet magistratus multare, dum minore parti familias taxat, liceto.*

²³ La fecha exacta de promulgación de esta ley es debatida, pues las investigaciones sitúan su origen en un intervalo que oscila entre el año 287 y el año 218 a.C.; sobre las distintas posiciones doctrinales a este respecto, *vid.* MOMMSEN, T., *Gesammelte Schriften*, vol. III (1907), p. 375; BRUNS, K. G., *Fontes iuris Romani antiqui*, vol. I (Tubinga, 1909), p. 46, nt. 3; ROTONDI, G., *Leges publicae populi Romani* (Milán, 1912), p. 473; ORESTANO, R., «Gli editti imperiali. Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico», en *BIDR*, 44 (1936-37), p. 274; RICCOBONO, S., FIRA, I (Florenia, 1941), p. 79, nt. 1; KASER, M., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Gotinga, 1949), pp. 57 ss.; D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España Romana* (Madrid, 1953), pp. 160 ss.; CASAVOLA, F., *Studi sulle azioni popolari romane* (Nápoles, 1958), p. 33; WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I (Múnich, 1988), p. 425; CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes*, vol. II (Londres, 1996), pp. 737 ss.

²⁴ Aunque se desconocen tanto la naturaleza como la fecha de promulgación de esta ley, tradicionalmente se sitúa en el intervalo entre los años 133 y 118 a.C. debido a la referencia a los tres comisionados que aparecen citados en una de sus disposiciones (C.I.L. 1.197; Bruns *Fontes* 1.3.9). Con respecto al fragmento en que se menciona el término *familia* en un sentido patrimonial, *vid.* GIRARD, P., y SENN, F., *Les lois des Romains* (Nápoles, 1977), pp. 87-89, n. 6: *Sei quis mag(istratus) multam inrogare volet (quei volet, dum minoris) partus familias taxat, liceto.*

²⁵ Gell., *Noct. Att.* 6.7.3.37: *Quid nunc? Ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat: si quis illud facere voluerit, mille, minus dimidium familiae, multa esto; si quis plus quingenta iugera habere voluerit, tanta poena esto; si quis maiorem pecuniam numerum habere voluerit, tantum damnas esto?*

²⁶ Sobre la evolución del término *familia* y su paulatina sustitución por expresiones más precisas desde el punto de vista jurídico, véase el capítulo V apartado 1.3.

En el mismo sentido parecen emplearse las referencias patrimoniales a la *familia* recogidas en diversas fuentes literarias de época republicana²⁷. El texto más antiguo pertenece al *Heautontimorumenos* de Terencio²⁸, pero también se conocen dos pasajes de Livio en los que utiliza el término *familia* para referirse a la sanción magistral impuesta en una antigua ley²⁹ y en relación con el objeto de la sucesión *mortis causa*³⁰, y todavía se encuentra una utilización de la *familia* en sentido patrimonial en un texto de Tácito que parece rememorar la terminología del antiguo derecho hereditario³¹.

Todas estas referencias textuales coinciden en el uso del término *familia* como sinónimo del patrimonio doméstico, bajo ningún concepto restringido a las *res Mancipi*, durante la época arcaica. La *familia* en sentido patrimonial comprendería entonces todos aquellos bienes que se encontraban bajo dominio del *pater familias* con el objetivo de asegurar la continuidad de la comunidad doméstica, lo que explica que posteriormente se utilice, como veremos más adelante, esa misma denominación para referirse a figuras jurídicas como la *mancipatio familiae* o la *actio familiae erciscundae*.

²⁷ Un análisis en profundidad de los textos literarios en los que parece haberse empleado la palabra *familia* en un sentido patrimonial puede encontrarse en ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 304 ss., que concluye que todas las referencias textuales que se conocen apuntan a que esta acepción patrimonial de la *familia* dejó de utilizarse en el ámbito jurídico antes del siglo II a.C.

²⁸ En general se tiende a aceptar la interpretación de BONFANTE, P., *Res Mancipi e res nec Mancipi*, cit., p. 205 nt. 1, que considera que la expresión “*Decem dierum vix mi est familia*” (Terent., *Heautont.*, 5.1.36) debe traducirse en el sentido de que se posee un patrimonio doméstico suficiente para diez días.

²⁹ *Vid. supra*. Liv. 3.55.7.

³⁰ Liv. 45.40.7: *Nam duobus e filiis, quos duobus datis in adoptionem solos nominis, sacrorum familiaeque heredes retinuerat domi, minor, <duodecim> ferme annos natus, quinque diebus ante triumphum, maior, quattuordecim annorum, triduo post triumphum decessit.*

³¹ Tacit., *Germ.*, 32.7: *Inter familiam et penates et iura successionum equi traduntur.*

1.3. EL SENTIDO PERSONAL DEL TÉRMINO *FAMILIA* EN LAS XII TABLAS

En consonancia con la afirmación que encabeza su exposición sobre la *familia*, Ulpiano ofrece también un ejemplo extraído del tenor literal de las XII Tablas donde se emplea el término en sentido personal. No obstante, en este caso el jurista se limita a señalar que cuando la ley hacía referencia al patrono y al liberto, utilizaba la expresión “*ex ea familia*” inquit “*in ea familia*”.

A pesar de la exigua información proporcionada por Ulpiano, tradicionalmente se ha considerado que estas alusiones a la *familia* también se recogían en alguna de las disposiciones decenvirales que regulaban el derecho de sucesiones. En este sentido, se tiende a asociar el contenido de esa disposición decenviral con un famoso fragmento de las instituciones de Gayo en el que se afirma que una norma decenviral reconocía el derecho de los patronos a suceder a sus libertos en el supuesto de que carecieran de herederos naturales y hubieran fallecido sin dejar testamento³².

Gai. 3.40: *Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire. Nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti uocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto.*

El patrono disfrutaba de esta privilegiada situación gracias a la estrecha relación de dependencia que su liberto mantenía con él. A partir del momento de su manumisión, ambos quedaban ligados por un vínculo personal, de forma que los libertos entraban a formar parte de la clientela de la *gens* a la que pertenecía su patrono³³. Mientras que el patrono se veía entonces obligado a prestar protección y ayuda a sus libertos, estos, por su parte, contraían un deber moral de reverencia y estaban obligados a prestar los servicios que hubieran prometido a su patrono (*operae liberti*).

³² Esta misma idea aparece también reflejada en *Tit. Ulp. 29.1*: “*Civis Romani liberti hereditatem lex Duodecim Tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit: ideoque sive testamento facto decedat, licet suus heres ei non sit, seu intestato, et suus heres ei sit, quamquam non naturalis, sed uxor puta, quae in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat*”, que de acuerdo con la opinión de ARANGIO-RUIZ, V., «Sul 'liber singularis regularum'. Appunti gaiiani», en *BIDR*, 30 (1921), pp. 178 ss. (= *Scritti di diritto romano II* (Nápoles, 1974), pp. 89 ss.) habría sido redactado tomando como referencia el texto gayano.

³³ Servio recuerda que los patronos eran considerados como padres de los libertos, de tal forma que si faltaban a su deber de protección es como si hubieran traicionado a un hijo (Serv., *ad. Aeneida* 6.609). Por ese motivo, la ley de las XII Tablas consideraba que la violación de la *fides patroni* implicaba que al patrono se le impusiera la pena de *execratio*, es decir, una gravísima sanción de carácter religioso. *Vid. XII Tab. 8.21: Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.*

Como consecuencia de esa estrecha vinculación personal, el patrono ostentaba importantes expectativas hereditarias para el supuesto de que cualquiera de sus libertos falleciera intestado sin *sui heredes*. En realidad, este fragmento no deja de manifestar que desde la época de las XII Tablas se habría articulado una regulación del fenómeno sucesorio para los *bona libertorum* semejante a la que se empleaba para determinar el destino de los bienes patrimoniales de los ingenuos.

Aceptar esta hipótesis implica asumir que casi con toda probabilidad la norma decenviral habría recogido dos disposiciones al respecto: la primera de ellas se habría referido a la sucesión en favor de los patronos cuando el liberto careciera de *sui heredes* y hubiera muerto intestado, mientras que la segunda norma remitiría a los parientes más lejanos del causante, esto es, a los gentiles en el caso de los ingenuos. Ahora bien, cabe preguntarse entonces en cuál de estas dos disposiciones se habría empleado la expresión “*ex ea familia*” inquit “*in ea familia*” en sentido personal³⁴.

Si bien es cierto que no se conocen fuentes que permitan reconstruir el tenor literal de la ley de las XII Tablas, resulta razonable pensar que la formulación de la primera disposición se expresase en términos parecidos a la disposición contenida en XII Tab. 5.4. La principal diferencia radicaría en que en esta ocasión el patrono asumiría la posición sucesoria del *adgnatus proximus* en la sucesión de los ingenuos³⁵. Hipotéticamente, la disposición decenviral podría haberse redactado en los siguientes términos: “*Si intestato (libertus) moritur cui suus heres nec escit patronus familiam habeto*”, donde se habría utilizado el término *familia* en un sentido patrimonial.

³⁴ La doctrina es prácticamente unánime a la hora de considerar que estas dos referencias al término *familia* presentaban el mismo significado, pues no resultaría coherente que en un fragmento en que Ulpiano pretende ejemplificar uno de los sentidos más antiguos de la palabra *familia* aludiese a una disposición en la que se utilizaba este vocablo con distintos significados. No obstante, se ha manifestado en sentido contrario WLASSAK, M., *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, cit., p. 18, nt. 31, quien defendía que la explicación final de Ulpiano sobre el empleo del término en sentido personal – *hic de singularibus personis legem lqui constat* – sólo afectaba a la segunda mención de la *familia*, mientras que la primera referencia debía entenderse en sentido patrimonial.

³⁵ VOGLI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 39-40, recalca que la principal diferencia con el régimen aplicable a los ingenuos es que la disposición decenviral únicamente debía mencionar al patrono y no a sus hijos, pero que estos debían considerarse implícitamente incluidos en la alusión a su padre. El autor considera que la omisión de los hijos del patrono se debía a que dado que en época antigua las manumisiones solo podían realizarse a través de un acto *inter vivos*, la titularidad sobre los derechos de patronato siempre correspondía al propio patrono manumisor, transmitiéndose posteriormente a sus hijos ese derecho de patronato (Gai. 3.58). De esta manera, la mención al patrono en la disposición decenviral habría resultado más que suficiente, pues implícitamente también incluiría a sus hijos.

Por puro descarte, la acepción personal debía encontrarse entonces en la segunda disposición. Manteniendo el paralelismo con la regulación que regía la sucesión de los ingenuos, esta segunda disposición tendría que haber contemplado una delación en favor de los gentiles. Sin embargo, resulta evidente que un liberto carecía de vínculos gentilicios. Por ese motivo, cabe preguntarse quién ocuparía la posición de los gentiles como destinatarios últimos de los bienes del liberto en el supuesto de que no existieran parientes agnados más cercanos a los que transmitir sus bienes.

En este sentido, debemos recordar que originariamente el liberto formaba parte de la comunidad familiar del patrono. Por ese motivo, de igual modo que el patrono era concebido como un pariente agnaticio del liberto, resulta razonable que en defecto del patrono o de sus hijos, los *bona libertorum* se transmitieran a la propia *gens* del patrono, que en última instancia, habría sido la originaria comunidad de pertenencia del liberto³⁶. Con base en esta hipótesis, diversos autores han planteado posibles reconstrucciones del fragmento originalmente recogido en las XII Tablas. Entre todas ellas, la propuesta que ha recibido mejor acogida por parte de la doctrina fue elaborada por Mommsen³⁷, quien conjeturaba que en XII Tab. 5.8 se habría redactado una disposición como sigue: “*Ex ea familia qui liberatus erit eius bona in eam familiam revertuntur*”.

³⁶ Como señalaba CAGNAT, R., *Cours d'Epigraphie latine* (París, 1914), pp. 37 ss., la vinculación con la *familia* del patrono se mantenía en el propio nombre del liberto, pues tomaban el *praenomen* y el *nomen* del patrono, acompañando las iniciales del *praenomen* con la palabra *libertus* e indicando al final como *cognomen* su antiguo nombre de esclavo.

³⁷ MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, cit., 1.22.5.

1.4. EL SIGNIFICADO ORIGINARIO DE LA *FAMILIA*

Una vez analizados los distintos significados que adoptaba el término *familia* en la ley de las XII Tablas, cabe preguntarse si entre ellos se reconocen puntos en común que permitan confluir en una misma noción originaria de la *familia*. Del testimonio de Ulpiano parece deducirse que el propio jurista no habría tenido noticia a este respecto, pues al comienzo de su exposición se limita a indicar, quizás incluso denotando cierta perplejidad³⁸, la existencia de esa variedad semántica en las fuentes.

Sin embargo, a pesar de que los ejemplos extraídos de la ley decenviral hagan referencia a realidades tan dispares, lo cierto es que también permiten vislumbrar ciertas similitudes de fondo. Además de tratarse de disposiciones que regulan aspectos sobre el derecho de sucesiones, en ambos casos el término *familia* se utilizaba para referirse a un conjunto de elementos heterogéneos, que parecían presentar como nexo en común la pertenencia a un mismo ámbito doméstico.

En sentido patrimonial resulta evidente la idea de conjunto, pues la *familia* alude a todos los bienes que constituyen el patrimonio doméstico. Como hemos indicado con anterioridad, la expresión englobaba no sólo aquellos bienes con mayor valor desde el punto de vista económico, sino cualquier tipo de elemento patrimonial que contribuyera al mantenimiento del grupo familiar. Bajo esta denominación se incluían todos aquellos bienes que pertenecían al cabeza de familia y que, a pesar de su enorme disparidad, encuentran un sentido de unidad al conformar el patrimonio de la comunidad.

Ahora bien, esta misma idea de conjunto resulta igualmente palpable cuando se trata de la *familia* en sentido personal. Nuevamente se alude a un conjunto de elementos ciertamente heterogéneo, pues bajo esta categoría quedaban englobadas todas aquellas personas libres que mantenían vínculos de parentesco agnaticio. La concepción unitaria de todas esas personas libres conformaba lo que Ulpiano denominaba un *corpus*, que podía presentarse bajo dos modalidades bien diferenciadas³⁹.

³⁸ Tras comenzar su exposición señalando que pretendía ocuparse de los distintos sentidos con los que se empleaba la palabra *familia*, indica simplemente que “*quidem varie accepta est*” (Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.1), como si quisiera dar a entender que en su minucioso recorrido por las fuentes romanas ha podido constatar esa diversidad semántica, pero no el origen cierto de la misma.

³⁹ Cfr. Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.2: *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur.*

En primer lugar, el jurista afirma que se denominaba *familia proprio iure* a “*plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps*”. Por tanto, esta agrupación se componía por un conjunto de personas libres que aparecen sometidas bajo la potestad de un mismo *pater familias*, en virtud del nacimiento en *iustae nuptiae* o que se habían incorporado a la *familia* a través de algún acto con validez jurídica.

Este carácter marcadamente patriarcal, intuido en el mundo antiguo por filósofos como Platón, Aristóteles o Dicearco⁴⁰, explica que la doctrina decimonónica defendiese que la naturaleza de la originaria *familia* romana se fundamentaba sobre los vínculos de sangre derivados de un mismo *pater familias*⁴¹. Sin embargo, la definición de Ulpiano denota que entre las distintas personas que conformaban el grupo familiar no tenían por qué existir vínculos de consanguinidad. La pertenencia al grupo familiar se establecía con base en el sometimiento de todos sus miembros a la autoridad de un mismo cabeza de familia, que era el único titular del poder familiar⁴².

Este común sometimiento a la figura del *pater familias* generaba entre todos los miembros de la *familia* una serie de vínculos agnaticios que persistían incluso tras el fallecimiento del cabeza de familia. En el momento de su muerte, todas las personas inmediatamente sometidas a su potestad devenían *sui iuris*, fragmentándose de esta forma el originario grupo familiar en diversas *familias proprio iure*⁴³.

⁴⁰ ARANGIO-RUIZ, V., «*Le genti e la città*», en *Annuario Univ. Messina*, 1913-14, pp. 5 ss. (= *Scritti di Diritto Romano*, 2 (Nápoles, 1974), pp. 521 ss.).

⁴¹ Como recuerda NICOLINI, F., «Il passaggio dalla tribù allo Stato nella filosofia di Giambattista Vico», en *Atti del Convegno Dalla Tribù allo Stato* (Roma, 1962), pp. 193 ss., la denominada teoría patriarcal de la *familia* romana se asienta sobre los postulados enunciados por VICO, G., *Principii di scienza nuova* (Nápoles, 1725), vol. I, pp. 24 y ss., vol. II pp. 377 ss., que con posterioridad fueron desarrollados en la obra de SUMNER MAINE, H., *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (Londres, 1861); IHERING, R., *Geist des römischen Rechts* (Gotinga, 1889), p. 179 o MOMMSEN, T., *Römische Geschichte* (Leipzig, 1854), trad. italiano Quattrini (Florencia, 1936), pp. 76 ss., vol. I, p. 41, e influyeron de forma decisiva en la obra de Bonfante.

⁴² En contra de esta consideración se manifestó BACHOFEN, J. J., *Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur* (Stuttgart, 1861), quien planteaba que dado que las antiguas religiones se basaban en el culto a la fertilidad y otras deidades femeninas, resultaba factible pensar que en un primer momento la estructura familiar romana se hubiera asentado sobre la figura de la madre. Sin embargo, su teoría sobre la familia ginecocrática nunca obtuvo el apoyo de la doctrina romanística y actualmente se considera completamente superada.

⁴³ Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.2: “*Cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt*”.

No obstante, el conjunto de los agnados mantenía cierta vinculación familiar en lo que Ulpiano denominaba la *familia communi iure*: “*Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt*”. Se trata de una concepción familiar más amplia, que se deriva del alargamiento de la antigua *familia proprio iure*, en cuanto que engloba al conjunto de personas libres que se encontrarían sometidas a la potestad del mismo *pater familias* si este todavía continuase con vida⁴⁴.

Estas dos concepciones de la *familia* se constituyen en torno a la presencia de un poder patriarcal absoluto, que parece coincidir con la noción que dotaba de unidad a la *familia* entendida en sentido patrimonial. En efecto, en todos esos supuestos se alude a un conjunto de elementos dispares, cuyo punto de encuentro se manifiesta en el común sometimiento a la autoridad de un mismo cabeza de familia. En cuanto que es la única persona *sui iuris* de la comunidad ostenta una capacidad jurídica plena para ser titular de todos los bienes que componen el patrimonio doméstico, pero también para someter a su autoridad a todas las personas que pertenecen al grupo familiar.

La especial intensidad con que se manifestaba esta potestad patriarcal dotó a la *familia* romana desde sus orígenes de una singularidad propia frente a los tradicionales sistemas de organización familiar adoptados por otros pueblos⁴⁵. En este sentido, resulta especialmente ilustrativo un muy famoso fragmento de las instituciones de Gayo en el que el jurista destaca, parece incluso que con cierto orgullo, que en un edicto emitido por el emperador Adriano ya se destacaba esa particularidad⁴⁶.

⁴⁴ En general, se tiende a considerar que la *familia communi iure*, también denominada “gran familia”, constituye un eslabón intermedio entre la “pequeña familia” *proprio iure* y los grupos gentilicios. Sin embargo, PEROZZI, S., «Parentela e gruppo parentale. Problemi di origine», en *BIDR*, 31 (1921), pp. 88 ss., consideraba que en la primitiva sociedad romana tan sólo existieron la *familia proprio iure* y la *gens*. De acuerdo con su teoría, la *familia communi iure* nunca habría constituido una verdadera agrupación familiar, sino que sería una expresión que se habría utilizado para designar las relaciones de parentesco agnaticias en abstracto. Contra esta posición, FRANCIOSI, G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana* (Nápoles, 1989), pp. 288 ss.

⁴⁵ La originalidad de la estructura familiar potestativa romana no sólo aparece reflejada en fuentes como Plutar., *Numa* 17; Inst. 1.9 pr.; Isid., *Etym.*, 9.5.17-18, sino que además otros autores como Dion. Hal. 2.27 o Sext. Emp. 3.211 afirman que la patria potestad romana era concebida como un poder tiránico para otros pueblos de la Antigüedad.

⁴⁶ De acuerdo con FREZZA, P., *Corso di Storia del Diritto Romano* (Roma, 1964), p. 366 nt. 4, esta afirmación atribuida al emperador Adriano debe encuadrarse en el contexto de su planificación política basada en la segregación social entre ciudadanos romanos y peregrinos.

Gai. 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.*

A pesar de que el fragmento presenta algunas afirmaciones que pueden resultar aparentemente contradictorias⁴⁷, lo cierto es que la finalidad del jurista era destacar que las amplísimas potestades reconocidas al *pater familias* sobre el resto de miembros de la *familia* romana constituían un rasgo distintivo en el mundo antiguo. Si bien parece evidente que Gayo conocía perfectamente que otros pueblos también reconocían una potestad sobre los descendientes, en este pasaje procura destacar la especial intensidad de esa relación potestativa en el seno de la *familia* romana.

En este sentido, cabe destacar que el poder absoluto del *pater familias* no sólo se extiende sobre los bienes que le pertenecen, en cuanto que se trata de la única persona capaz de ostentar relaciones jurídicas en el seno de la comunidad, sino que además su potestad recae sobre el resto de familiares. De esta forma, el poder del *pater familias* se constituye en el verdadero elemento aglutinador de la *familia*. La pertenencia al grupo se determina en función del sometimiento a su autoridad. De esta forma, los distintos componentes de la antigua *familia* romana conformaban un conjunto heterogéneo de bienes y personas, que sin embargo aparecían cohesionados gracias a una noción de común subordinación ante una misma autoridad.

⁴⁷ Este fragmento comienza afirmando de forma taxativa que la potestad familiar sobre los hijos nacidos en el seno de un matrimonio legítimo es un “*ius proprium civium Romanorum*”, lo que concuerda con otro pasaje de las instituciones en el que se indica que “*quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur tantum liberos suos in potestate habere*” (Gai. 1.189). Sin embargo, la continuación del texto gayano parece rebatir esta afirmación, pues no sólo se emplea el término “*fere*” para matizar la singularidad de la *familia* romana frente a otros pueblos, sino que también se alude expresamente a la semejanza con la organización familiar de los gálatas. Ante esta aparente contradicción, SOLAZZI, S., «Glosse a Gaio», en *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. 1 (Palermo, 1936), p. 129 (= *Scritti* 6, p. 207); ID. «Appunti di critica gaiana», en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, vol. 3 (Nápoles, 1953), pp. 98 ss. (= *Scritti* 5, pp. 449 ss.) consideraba que la redacción original tan sólo recogía “*nulli enim alii sunt*” – lo que explicaría que esa misma expresión hubiera quedado luego plasmada en las Instituciones de Justiniano (Inst. 1.9 pr.) –, mientras que el término “*fere*” sería el resultado de una adición posterior que se habría insertado junto con el glosema final referido a los gálatas. Siguiendo las tesis propuestas por Solazzi, SCHULZ, F., *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 150 consideraba que la adición del glosador postclásico se refería a los galos en lugar de los gálatas.

Partiendo de la base del amplísimo poder que detentaba originariamente el *pater familias*, se ha tendido a considerar que en un primer momento la *familia* romana debió configurarse como un organismo político⁴⁸. Las primeras familias romanas se habrían organizado como pequeños entes estatales, en los que la pertenencia de sus miembros se determinaba en base al sometimiento a una misma autoridad, que aseguraba el orden interno y la protección frente a amenazas externas⁴⁹. Como consecuencia de sus poderes ilimitados, cada *pater familias* tenía la facultad de designar entre sus *filii familias* a su sucesor al frente de la *familia* por vía testamentaria. A pesar de que esta concepción eminentemente política de la *familia* romana ha recibido un amplísimo apoyo por parte de la doctrina romanística del pasado siglo⁵⁰, con el tiempo se ha tendido a matizar su pretendido paralelismo con un ente de carácter estatal⁵¹.

⁴⁸ Aunque las primeras apreciaciones sobre la naturaleza política de la *familia* proceden del análisis sobre la organización de la *gens* en la obra de DE RUGGIERO, E., «La *gens* in Roma avanti la formazione del Comune», en *Critica e Scienza positiva* (Nápoles, 1872), pp. 1-34, lo cierto es que los principales postulados sobre la teoría política de la *familia* romana se deben a BONFANTE, P., *Res Mancipi et res nec Mancipi*, cit., pp. 1 ss.; «La *gens* e la *familia*», en *Scritti giuridici vari. I. Famiglia e successione* (Turín, 1916), pp. 1 ss.; «Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive», en *BIDR*, 27 (1914), pp. 97 ss. (= *Scritti* 1, pp. 18 ss.); *Corso* I, cit., pp. 5 ss.; *Corso* VI, cit., pp. 37 ss.

⁴⁹ Sobre este aspecto, LONGO, G., *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* (Milán, 1946), pp. 1 ss. destaca que la principal función de cualquier entidad social es asegurar la conservación y defensa de la comunidad, tareas que antes de que surgiera una estructura estatal se encomendaban a las distintas agrupaciones de carácter familiar que existían en la época antigua.

⁵⁰ Entre los numerosos seguidores de la teoría bonfantiana se cuentan FADDA, C., *Diritto delle persone e della famiglia* (Nápoles, 1910), pp. 150 ss.; COSTA, E., *Storia del diritto romano privato* (Turín, 1925), pp. 3 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., pp. 310 ss.; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano*, vol. 1 (Nápoles, 1932), pp. 154 ss.; DE FRANCISCI, P., *Storia del diritto romano* (Roma, 1931), pp. 121 ss.; GROSSO, G., Recensión de G. I. LUZZATTO, «Le organizzazioni preciviche e lo stato», en *SDHI*, 13-14 (1947-1948), pp. 369 ss.; ID., «L'esame di coscienza di uno storico e i problemi del più antico sviluppo costituzionale romano», en *RISG*, 85 (1948), pp. 429 ss.; SACHERS, E., s. v. «*paterfamilias*», en *RE* 18, 4 (1949), pp. 2121 ss.; BETTI, E., «Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla familia romana», en *SDHI*, 18 (1952), pp. 241 ss.; ID., «*Wesen des altrömischen Familienverbands* (Hausgemeinschaft und Agnatengenossenschaft)», en *ZSS*, 71 (1954), pp. 1 ss.; GALLO, F., «Osservazioni sulla signoria del '*pater familias*' in epoca arcaica», en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, vol. II (Milán, 1956), pp. 193 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 505.

⁵¹ Un recorrido por las principales reformulaciones que ha sufrido la teoría política de la *familia* romana se puede encontrar en RABELLO, A. M., *Effetti personali della "patria potestas". I. Dalle origini al periodo degli Antonini* (Milán, 1979), pp. 4 ss., que analiza las aportaciones realizadas por autores como WESTRUP, C. W., *Introduction to Early Roman Law*, cit., pp. 9 ss.; FREZZA, P., «Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano», en *SDHI*, 4 (1938), pp. 363 ss.; ID., «La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti», en *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, vol. 1 (Milán, 1947), pp. 275 ss.; ID., *Corso*, cit., pp. 199 ss.; DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, vol. 1 (Nápoles, 1958), pp. 3 ss.; ID., «La *gens*, lo stato e le classi in Roma antica», en *Studi in onore Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. 4 (Nápoles, 1953), pp. 25 ss. (= *Scritti di diritto romano. I. Diritto e società nell'antica Roma* (Roma, 1979), pp. 51 ss.).

Si bien parece incuestionable que la originaria estructura de la *familia* romana responde a la necesidad de proporcionar un ámbito de protección a todos sus miembros, otros aspectos de la teoría bonfantiana han sido objeto de duras críticas⁵². En general, la doctrina rechaza que una comunidad que entraña tan complejas relaciones se pretenda explicar desde un punto de vista exclusivamente político⁵³. La aparición de la *familia* romana únicamente puede entenderse desde la confluencia de rasgos políticos con otros factores de carácter religioso⁵⁴, moral y, sobre todo, económico⁵⁵.

En este sentido, durante la época antigua la economía aparece sustentada sobre actividades de carácter agrícola y pastoral⁵⁶. Esta realidad implicaba que los principales

⁵² Entre los principales críticos con la teoría que atribuye una naturaleza eminentemente política a la *familia* romana destacan tradicionalmente DE SANCTIS, G., *Per la scienza dell'antichità* (Turín, 1909), pp. 414 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, cit., pp. 15 ss.; COLI, U., «Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma», en *SDHI*, 4 (1938), pp. 76 ss. (= *Scritti di diritto romano* I (Milán, 1973), pp. 222 ss.); ID., «Regnum», en *SDHI*, 17 (1951), pp. 15 ss. (= *Scritti di diritto romano* I (Milán, 1973), pp. 336 ss.); aunque sin duda las posiciones más críticas contra las tesis de Bonfante han sido sostenidas por LUZZATTO, G. I., «Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma e l'influenza dell'ordinamento delle gentes nella costituzione romana durante la monarchia e la prima repubblica», en *Atti del Convegno internazionale sul tema: Dalla tribù allo Stato (Accademia nazionale dei Lincei)* (Roma, 1962), pp. 139 ss.; VOLTERRA, E., «Sulla capacità delle donne a far testamento», en *BIDR*, 48 (1941), pp. 74 ss.; ID., «Il preteso tribunale domestico in diritto romano», en *RISG*, 2 (1948) pp. 103 ss.; ID., «Ancora sul problema della familia romana», en *RISG* 6-7 (1952-53), pp. 402 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* (Milán, 1969), pp. 154 ss.

⁵³ Con respecto a esta cuestión, resulta especialmente interesante el testimonio de VOCI, P., «Esame della tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica», en *Studi Arangio-Ruiz*, 1 (Nápoles, 1953), pp. 141 ss., que destaca que “la famiglia resta quella che è pur con le sue eventuali funzioni di difesa così come oggi il privato resta tale quando, da solo o con i suoi, esercita atti di difesa legittima. La famiglia è una sintesi di funzioni – morali, fisiche, economiche –, ed è arbitrario ogni tentativo di definirla preferendo una funzione all'altra”.

⁵⁴ La importancia del factor religioso para explicar el origen de la *familia* fue destacada originariamente por FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique* (París, 1864), pp. 39 ss., aunque posteriormente otros muchos autores han profundizado en esta teoría, vid. DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis* (Roma, 1959), pp. 133 ss.; MAROI, F., «Elementi religiosi nel diritto arcaico», en *AG*, 109 (1933), pp. 16 ss.; WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman Law*, cit., pp. 243 ss.

⁵⁵ Entre los principales exponentes de la teoría económica de la *familia* se cuentan ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, cit., pp. 109 ss.; BURCK, E., *Das neue Bild der Antike* (Leipzig, 1942), pp. 5 ss.; KASER, M., «La famiglia romana arcaica», en *Conferenze romanistiche dell'Università di Trieste* (Milán, 1960), pp. 37 ss.; COLI, U., *Sul parallelismo*, cit., pp. 76 ss.; ID., (= *Scritti di diritto romano* 1 (Milán, 1973), pp. 222 ss.); ID., *Regnum*, cit., pp. 73 ss.

⁵⁶ Aunque tradicionalmente se acepta que la sociedad romana presentaba una naturaleza eminentemente pastoral, vid. DE SANCTIS, G., *Storia dei romani*, vol. II (Turín, 1957), p. 465 y DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua*, vol. I (Madrid, 1985), pp. 10 ss.; SERRAO, F., *Diritto privato economia e società nella storia di Roma* (Nápoles, 2006), pp. 109 ss., sin embargo, algunos autores han destacado la importancia de la actividad agrícola en los orígenes de Roma. En este sentido, MARCONE, A., *Storia dell'agricoltura romana* (Roma, 1997), pp. 102-103, ha defendido que la relevancia social de la agricultura romana parece percibirse en ceremonias tradicionales como la antiquísima *confarreatio*, y en

bienes desde el punto de vista económico fueran las tierras de cultivo, las servidumbres que incrementaban el valor de estos terrenos, los animales y las personas que permitían llevar a cabo la explotación de los recursos familiares. Todos estos elementos resultaban indispensables para la subsistencia del grupo familiar, pues constituían los recursos para garantizar el sustento y continuidad de la comunidad.

Teniendo en cuenta las características de la economía romana durante la época antigua, la posición del *pater familias* resulta fundamental para asegurar la subsistencia del grupo familiar. Haciendo uso de su autoridad debía promover que todos los miembros, tanto si eran personas libres como esclavos, colaborasen en la explotación de los recursos patrimoniales con los que contaba el grupo familiar para, de esta forma, asegurar el mantenimiento de la comunidad. En consecuencia, las dos acepciones del término *familia* referidas en la ley decenviral resultaban imprescindibles para asegurar la continuidad en el tiempo de la comunidad doméstica.

La *familia* constituye una unidad económica en la que el *pater familias* conjuga su condición de jefe político y espiritual del grupo, con la titularidad del patrimonio doméstico, de tal forma que tiene la obligación de promover la explotación efectiva de los recursos para asegurar tanto la subsistencia actual de la *familia* como la transmisión de la misma a las generaciones futuras. La *familia* se percibe entonces como un bien jurídico de la máxima importancia, que debe ser eficazmente dirigido para garantizar precisamente su propia supervivencia.

La trascendencia de la continuidad familiar explica el reconocimiento de estas ilimitadas facultades en favor del *pater familias*, pues solo desde una posición de poder absoluto puede garantizar el orden interno. Ahora bien, para lograr esos objetivos cuenta con el conjunto de elementos patrimoniales y personas que forman el grupo familiar. Todos ellos deben contribuir, de acuerdo con la dirección establecida por el cabeza de familia, en el desempeño de las actividades que permitan asegurar la subsistencia de la comunidad doméstica. El reconocimiento de la autoridad del *pater familias* deviene absolutamente indispensable para que todos los componentes del grupo familiar actúen de forma organizada al servicio de una misma causa.

los últimos años GALLO, F., *Studi sulla distinzione fra “res Mancipi” e “res nec Mancipi”* (Turín, 1958), pp. 23-24 mantenía que la actividad agrícola parece haber desempeñado un rol determinante desde los primeros asentamientos humanos en la península itálica.

Bajo la denominación del término *familia* se hace entonces referencia a todo un conjunto heterogéneo de bienes y personas que encuentran una vinculación en la común sujeción a la figura del *pater familias*. Esta posición de sometimiento concuerda con la noción que aparecía reflejada en los textos de Festo en relación con la raíz etimológica de la *familia*. En efecto, la palabra *famulus* se tiende a traducir como esclavo, pero en esencia representa una idea más amplia de servidumbre que podría haberse aplicado con anterioridad sobre otros componentes de la *familia*.

Originariamente parece que la principal carga de trabajo en la economía romana debía recaer sobre los propios miembros de la comunidad gentilicia, que contaban con el apoyo de su respectiva clientela⁵⁷. Solo a partir del proceso de emancipación de los grupos familiares, que ya no contaban con el trabajo subordinado de los clientes, cabe pensar que esas actividades quedaron en manos de los hijos de familia y otras personas que se encontraban *in causa mancipii*⁵⁸. Todos ellos representaban la principal mano de obra con la que contaba el cabeza de familia.

Aunque las fuentes romanas remontan la aparición de los primeros esclavos a las capturas de prisioneros realizadas durante el reinado de Tarquinio Prisco⁵⁹, no parece que en ese período la esclavitud estuviera generalizada. Solo a partir del siglo IV a.C.⁶⁰ se constata un notable incremento del fenómeno esclavista como consecuencia de las numerosas campañas bélicas emprendidas por Roma⁶¹. Desde entonces es posible que los ciudadanos romanos se abastecieran de esclavos como principal fuerza de trabajo en todos los ámbitos económicos y productivos.

⁵⁷ DE MARTINO, F., «Clienti e condizioni materiali in Roma arcaica», en *Miscellanea in onore di Eugenio Manni*, vol. II (Roma, 1979), pp. 703-704, señala que entre los principales cometidos de los clientes se encontraba el deber de prestar servicios en beneficio de su *gens*.

⁵⁸ Con respecto a la condición de las personas *in causa mancipii*, Gayo indica que se trataba de sujetos con una condición cercana a la esclavitud (*servorum loco* en Gai. 1.123; 1.138).

⁵⁹ Dion. Hal. 3.49-50; 6.19-20; A este respecto, FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato* (Turín, 1989), pp. 182 ss., recuerda que en el intervalo de tiempo que se comprende entre el año 625 al 575 a.C. se tiene constancia de la edificación de diversas obras públicas que no hubieran podido construirse sin ayuda de esclavos.

⁶⁰ Aunque algunos autores como FINLEY, M. I., *Ancient slavery and modern ideology* (Londres, 1980), pp. 9 ss., han señalado que el desarrollo de la esclavitud como forma de trabajo se intensificó en Roma especialmente a partir del siglo II a.C., DE MARTINO, F., «Intorno all'origine della schiavitù a Roma», en *Labeo*, 20 (1974), pp. 163 ss., ya había precisado con anterioridad que hay rastro de la articulación de un sistema esclavista romano desde mediados del siglo IV a.C.

⁶¹ Gracias al testimonio de Livio tenemos constancia de las contiendas contra los vintos en el 396 a.C. (5.32.1), los etruscos en el 356 a.C. (7.17.9), los volscos en el 346 a.C. (7.27.9), los campanos en el 338 a.C. (8.16.10), los umbros en el 307 a.C. (9.41.19-20) y los samnitas (9.42.8).

De este modo, los esclavos habrían venido a sustituir las labores que hasta ese momento desempeñaban los hijos de familia y las personas *in causa mancipii* con el fin de asegurar la subsistencia del grupo familiar. Esta importante modificación explicaría la prohibición del *nexum* establecida a partir de la promulgación de la *lex Poetilia Papiria* en la segunda mitad del siglo IV a.C.⁶². A partir de entonces, se mantiene la *mancipatio* de los hijos de familia como un recurso de la interpretación jurisprudencial para realizar una adopción, una emancipación o una *noxae deditio*.

Desde esta perspectiva, el testimonio de Festo cobra todo su sentido: la palabra *familia* provendría efectivamente del término *famulus*, pues se utilizaba para designar a las personas subordinadas al *pater familias*. Pero además, el gramático latino llevaba razón al afirmar que el término solo se había utilizado con posterioridad para designar a los esclavos, ya que originariamente esas labores habrían sido desempeñadas por los hijos de familia y las personas *in causa mancipii*.

El término habría terminado empleándose para referirse a todos los elementos que prestaban cierto servicio a la comunidad doméstica, de donde procedería su doble acepción semántica. La *familia* hacía referencia tanto a los bienes patrimoniales como a las personas que posibilitaban la subsistencia de una comunidad doméstica dirigida por un mismo *pater familias*⁶³. Con el tiempo, se habría mantenido ese significado personal en relación con los miembros libres que componían la *familia*, pero su sentido original se habría visto restringido para designar exclusivamente a los esclavos, que se habrían convertido en los nuevos servidores de la comunidad familiar.

⁶² Las fuentes romanas no son coincidentes al respecto: mientras que Livio fecha la promulgación de la ley en el año 326 a.C. (Liv. 8.28), Varrón la sitúa en el año 313 a.C. (Varro, *Ling.* 7.105).

⁶³ Esta definición del término *familia* en sentido extenso se encuentra todavía recogida en C.I. 6.38.5 pr. (a. 532): *Suggestioni illyricianae advocacionis respondentes decernimus familiae nomen talem habere vigorem: parentes et liberos omnesque propinquos et substantiam, libertos etiam et patronos nec non servos per hanc appellationem significari.*

2. PATER FAMILIAS APPELLATUR, QUI IN DOMO DOMINIUM HABET

2.1. EL TRINOMIO POTESTAS MANUS MANCIPIOQUE

Una vez conocido el amplísimo alcance de los distintos significados del término *familia* en época antigua, cabe preguntarse cómo se articulaba el poder del verdadero elemento aglutinador del grupo familiar. De conformidad con la exposición de Ulpiano, el *pater familias* era tradicionalmente concebido como “*qui in domo dominium habet*”⁶⁴, es decir, como aquel que ostentaba un poder absoluto dentro de la casa. Esta expresión reflejaba su autoridad en la comunidad doméstica, pues el término *dominus* aludía a una posición de supremacía sobre el conjunto de elementos, tanto de carácter patrimonial como personal, que convivían en la misma *domus*⁶⁵.

Sin embargo, la mayor parte de las referencias al *dominium* proceden de fuentes de la última etapa republicana, donde se utilizaba este término para hacer referencia a la propiedad desde el punto de vista patrimonial. Por ese motivo, se ha planteado la posibilidad de que la antigua condición de *dominus* aludiese a un cierto derecho de propiedad del *pater familias* sobre las personas y bienes que componían la *familia*⁶⁶. Ahora bien, esta hipótesis se ha encontrado con no pocas dificultades.

⁶⁴ Vid. *supra* Ulpiano, 46 ad Ed., D. 50.16.195.2.

⁶⁵ El término *dominus* procede etimológicamente del vocablo protoitálico *dom-o-no-, que aludiría al elemento perteneciente a la casa familiar, pues se trataría de una derivación de la raíz protoindoeuropea empleada para referirse a la vivienda y a la acción de construir (*dóm). En esta misma línea, se conocen otras evoluciones terminológicas similares en distintas lenguas como el sánscrito *dám-* [n.]/*dáma-* [m.], el avéstico *dam-*, el griego *δόμος* o el lituano *namas*.

⁶⁶ Se trata de una corriente doctrinal de largo recorrido que encuentra su origen en la obra de autores como HEINECCIUS, V. J. G., *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionem* (Lipsiae, 1766), p. 34; POTHIER, R. J., *Le pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, vol. I, trad. italiano Bizzarrini (Venecia, 1833), p. 54; MOMMSEN, T., *Römische Geschichte* (Leipzig, 1854), trad. italiano Quattrini (Florenzia, 1936), pp. 76 ss. Aunque matizada en algunos aspectos, los principales postulados de esta hipótesis fueron posteriormente asumidos, entre otros muchos, por WALTER, F., *Storia del Diritto di Roma*, vol. II, trad. italiano Bellati (Turín, 1852), p. 15; CUQ, E., *Les institutions juridiques des Romains* (París, 1904), p. 48; HUVELIN, P., *Cours élémentaire de droit romain*, 1 (París, 1927), pp. 235, 282 ss. Más modernamente, AMBROSINO, A., «Le applicazioni innovative della *mancipatio* (Linee di sviluppo del diritto sostanziale privato quiritarario)», en *Studi in memoria di E. Albertario*, 2 (Milán, 1953), pp. 575 ss. se ha esforzado por demostrar que durante la época antigua las personas libres también podían ser objeto de *mancipium*. En apoyo de esta posición marcadamente economicista se han pronunciado también en los últimos tiempos autores tan destacados como COLORNI, V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare* (Milán, 1954), p. 38; PUGLIESE, G., «Aperçu historique de la famille romaine», en *Annales de la faculté de Droit d'Istanbul*, vol. IV-V (1955), p. 12 (= *Scritti giuridici scelti*, 3 (1985), p. 321); DE SANCTIS, G., *Storia dei Romani*, vol. IV, (Florenzia, 1957), pp. 36 ss. y, especialmente, RABELLO, A. M., *Effetti personali*, cit., pp. 63 ss., quien ha intentado refutar las distintas críticas a las que se ha visto sometida la denominada teoría económica.

En primer lugar, no existen fuentes que acrediten que durante la época arcaica ya se empleaba el término *dominium* en un sentido netamente patrimonial. Pero además, resulta ciertamente complicado imaginar que en los primeros compases de la historia de Roma hubiera podido existir una concepción tan elaborada del concepto de propiedad⁶⁷. En apoyo de esta conjetura se tiende a destacar que las primeras noticias en relación con el empleo del término *dominium* en el ámbito jurídico se remontan a un *responsum* de Alfeno Vero⁶⁸. Si bien resulta plausible que anteriormente hubiera podido existir una noción general de propiedad que no se hubiera consolidado como categoría jurídica, lo cierto es que parece que la primitiva condición de *dominus* hacía más bien referencia a un poder doméstico de carácter absoluto.

Desgraciadamente no se dispone de mucha información sobre las expresiones utilizadas para referirse a este señorío, aunque por lo general se tiende a aceptar que la autoridad del *pater familias* se manifiesta hasta el período clásico a través del famoso trinomio *potestas manus Mancipioque*. Aunque se discute sobre su antigüedad⁶⁹, la gran relevancia de este trinomio se debe a que Gayo lo emplea para referirse al conjunto de poderes del *pater familias* sobre el resto de miembros de la *familia*.

⁶⁷ En esta línea se pronuncian autores como DE VISSCHER, F., «*Mancipium et res Mancipi*», en *SDHI*, 2 (1936), pp. 263 ss. (= *Nouvelles études de droit romain public et privé* (Milán, 1949), pp. 193 ss.); MONIER, R., «La date d'apparition du "*dominium*" et de la distinction juridique des "*res*" en "*corporales*" et "*incorporales*"», en *Studi in onore di S. Solazzi* (Nápoles, 1948), pp. 357 ss.; ARCHI, G. G., «Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico», en *RIDA*, 6 (1959), pp. 229 ss.; SANTORO, R., «Potere e azione nell'antico diritto romano», en *AUPA*, 30 (1967), pp. 417 ss.; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., p. 45.

⁶⁸ Paulo, 4 ep. *Alfeni dig.*, D. 8.3.30: *Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: "circa eam aquam late pedes decem", iter dumtaxat videri venditoris esse.*

⁶⁹ Además de mencionarse en las instituciones de Gayo, el sintagma "*potestas manus Mancipioque*" aparece recogido en la *lex Cincia* del año 204 a.C. y en la *lex Salpensana* del siglo I d.C. Por esa razón, tradicionalmente se aceptaba que el trinomio se habría usado desde la época republicana. Sin embargo, CASAVOLA, F., "*Lex Cincia*". *Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Nápoles, 1960), pp. 58 ss., ha intentado demostrar que la expresión incluida en la *lex Cincia* habría surgido como resultado de una interpretación posterior que se correspondería con una notación manuscrita de los *Fragmenta Vaticana*. A consecuencia de esta investigación, la doctrina más reciente tiende a pensar que el trinomio habría surgido en época imperial o que incluso se trataría de una construcción de carácter simplificador elaborada por el propio Gayo, cfr. MEYLAN, P., «Origine de la formule "*in potestate manu Mancipioque*"», en *Études offertes à Jean Macqueron* (Aix en Provenza, 1970), pp. 503 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà*, cit., p. 151. En defensa de la visión tradicional, que sitúa el origen de esta expresión en época republicana, se ha posicionado recientemente AMUNATEGUI PERELLÓ, C., «El trinomio "*potestas manus Mancipiumque*"», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 35 (Valparaíso, 2013), pp. 84 ss.

Gai. 1.49: *Sed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

La clasificación alude a las distintas clases de personas que podían encontrarse sujetas a la autoridad doméstica del *pater familias*. Y esta autoridad doméstica se manifiesta en el mencionado trinomio, pues bajo la *potestas* aparecen sometidos los hijos de familia⁷⁰ y los esclavos⁷¹, bajo la *manus* se encontraría la mujer casada *cum manu*⁷² y mediante la *mancipatio* se dominaría a las personas *in causa mancipii*⁷³.

A pesar de que el sintagma *potestas manus mancipioque* distingue entre los diferentes sujetos sometidos a la misma autoridad patriarcal, en el fragmento se destaca que todos ellos se presentan como personas “*quae alieno iuri subiectae sunt*”. El nexo en común de todas esas manifestaciones de poder es la dependencia con respecto a una misma soberanía de carácter potestativo. Sobre la base de esa constatación se considera que es posible que el *pater familias* ostentase originariamente un poder indiferenciado, que sólo con el tiempo habría terminado fragmentándose primero en esta tripartición⁷⁴ y, desembocando finalmente en la noción patrimonial de *dominium*.

⁷⁰ Gai. 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus.*

⁷¹ Gai. 1.52: *In potestate itaque sunt servi dominorum.*

⁷² Gai. 1.109: *Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt.*

⁷³ Gai. 1.138: *II, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt.* Cfr. Gai. 1.123.

⁷⁴ La denominada teoría unitaria del originario poder del *pater familias* ha recibido una gran acogida por parte de la doctrina tradicional, hasta el punto de que puede considerarse mayoritaria en la actualidad; entre sus principales exponentes se cuentan las obras de MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 75 ss.; FADDA, C., *Diritto delle persone*, cit., p. 150; BONFANTE, P., *Corso*, vol. I, cit., p. 14; DE FRANCISCI, P., *Storia*, cit., pp. 313 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 309; KASER, M., «Der Inhalt der patria potestas», en ZSS, 58 (1938), pp. 62 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 56; ID., *Eigentum und Besitz*, cit., p. 1; BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano* (Padua, 1947), p. 53; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles, 1949), p. 168 nt. 1; COLI, U., «Regnum», cit., p. 127; ARCHI, G. G., *Il concetto della proprietà*, cit., pp. 236 ss.; BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano* (Turín, 1964), p. 256; GALLO, F., *Potestas e dominium*, cit., pp. 17 ss.; ID., «Idee vecchie e nuove sui poteri del pater familias», en *Poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982* (Nápoles, 1984), pp. 29 ss.; GUARINO, A., *Diritto privato romano* (Nápoles, 1992), p. 427; MARRONE, M., *Istituzioni di Diritto romano* (Palermo, 2006), p. 290 nt. 34. En oposición a esa teoría, CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà*, cit., pp. 61 ss., ha defendido que desde la época antigua se diferenciaba el poder que el *pater familias* ejercitaba sobre los esclavos, animales y otros bienes patrimoniales por un lado, frente a la potestad que ostentaba sobre el conjunto de personas libres que componían la *familia*. Como prueba de esta diferenciación, el autor destaca la posibilidad de transmitir la potestad sobre un esclavo frente a la intransmisibilidad que caracteriza a la potestad sobre la mujer o los hijos.

Antiguamente la pertenencia sobre un bien o persona parece que se afirmaba a través de la aprehensión corporal legitimada por una justa causa, de tal forma que se confirmaba un poder sobre ese objeto (*meum esse aio*)⁷⁵. En consecuencia, no parece que durante la época arcaica se pueda hablar de un derecho de propiedad en abstracto, sino que la originaria concepción de *dominium* aparece asociada a la creación de ciertos vínculos materiales sobre el objeto en cuestión. De esta manera, las relaciones jurídicas de pertenencia parecen resolverse en el marco de la *potestas*.

En este orden de ideas, cabe pensar que la forma más habitual de exteriorizar el poder del *pater familias* sobre los bienes y personas que componían la comunidad doméstica debió realizarse mediante su aprehensión corporal. Aprehensión corporal que se llevaba a cabo a través de la propia mano del adquirente, símbolo de poder y *status* jurídico desde los albores de la civilización romana⁷⁶. En efecto, el gran simbolismo atribuido a los gestos realizados con la mano no sólo presentaba un fortísimo impacto político en el ámbito público⁷⁷, sino que también resultaba fundamental para subrayar la supremacía del *pater familias* en una esfera estrictamente familiar⁷⁸.

⁷⁵ La necesidad de generar un vínculo corporal entre el adquirente y el objeto que pretendía adquirir ha quedado plasmada en las fórmulas que Gayo recuerda que debían recitarse para la *mancipatio* y para la *iure cessio*, vid. Gai. 1.119; 2.24; 4.16.

⁷⁶ Sobre la importancia de la mano, especialmente la diestra, como símbolo de poder político y religioso que recae sobre los elementos que rodean al antiguo ciudadano romano han escrito autores tan destacados como CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura*, cit., pp. 279 ss.; GAUDEMET, J., «Observations sur la *manus*», en *RIDA*, 2 (1953), pp. 330 ss.; DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis*, cit., p. 321; ORESTANO, R., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Turín, 1967), pp. 81 ss.; LEVI, M. A., «*Manus, fides, fides publica*», en *La parola del passato* (1985), pp. 308 ss.; ZUCOTTI, F., «I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario», en *RDR*, 3 (2003), pp. 2 ss.; ROMEO, S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi* (Milán, 2010), pp. 48 ss.; FRANCHINI, L., «Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale», en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, vol. I, (Padua, 2012), pp. 179 ss.; MILANI, M., «La mano destra in Roma antica», en *Il corpo in Roma antica (a cura di Luigi Garofalo)*, vol. II (2017), pp. 59 ss.

⁷⁷ La trascendencia política que llevaba aparejada la imposición de la mano en la antigua Roma se pone de manifiesto con especial evidencia en el acto de proclamación del rey Numa Pompilio, pues Livio relata como la ceremonia concluye cuando el augur apoya su mano derecha sobre la cabeza del nuevo monarca mientras recita una fórmula sacral (Liv. 1.18.6-10). La significación de la mano derecha como símbolo de poder resulta tan fundamental en la tradición indoeuropea, que como recuerda MILANI, M., *La mano destra in Roma antica*, cit., p. 62 nt.151, los romanos demuestran una gran preocupación por mantener la integridad corporal y, en especial, conservar la mano derecha.

⁷⁸ A este respecto, ZUCOTTI, F., *I glittodonti del diritto romano*, cit., p. 22, recuerda que la *manus* “sembra risalire a un'età pressoché primigenia ed indicare tanto la posizione sovrana del re quanto la supremazia del *paterfamilias*, compendiando indistintamente tutti i poteri che in età storica si esplicheranno sia sul piano dell'ordinamento pubblicistico che su quello del diritto privato”.

De la misma forma que la aprehensión material de los bienes materiales servía para indicar un sentido de pertenencia, cabe pensar que antiguamente el *pater familias* utilizaba la imposición de su propia mano para manifestar el dominio sobre el conjunto de los elementos familiares. En consecuencia, el poder unitario reservado al cabeza de familia sobre todos los bienes patrimoniales y personas que componían la comunidad doméstica en origen podría haberse fundamentado en la *manus*⁷⁹.

La imposición de la mano sobre una persona o un bien corporal habría implicado el reconocimiento de la pertenencia subjetiva del *pater familias* sobre el objeto en cuestión, de forma que este pasaría a formar parte del conjunto familiar⁸⁰. Así, cada cabeza de familia confirmaba su autoridad doméstica sobre el conjunto de elementos que componían su respectivo grupo familiar a través del contacto corporal, es decir, dominaba a su *familia* mediante la acción del *mancipium*.

⁷⁹ Esta hipótesis aparece recogida desde finales del siglo XIX en la obra de VOIGT, M., «Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik», en *Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Classe*, 26 (Leipzig, 1874), pp. 159 ss.; ID., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I (Leipzig, 1892), pp. 127 ss., que recibió el apoyo de IHERING, R., *Geist des römischen Rechts*, cit., pp. 157 ss., dando lugar a un intenso debate sobre el sentido de propiedad en la Roma arcaica que todavía mantiene toda su vigencia en la actualidad, *vid.* CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà*, cit., pp. 18 ss.

⁸⁰ A este respecto, AMBROSINO, R., *Le applicazioni innovative della mancipatio*, cit., p. 579, intuye que el origen del derecho de propiedad aparece ligado a la acción de aprehender un bien con la mano.

2.2. LA NATURALEZA ORIGINARIA DEL MANCIPIUM FAMILIAR

De acuerdo con los testimonios que se conservan tanto en el *De lingua latina* de Varrón⁸¹ como en las instituciones de Gayo⁸², el origen etimológico de la palabra *mancipium* provendría de la composición entre la palabra *manus*, que hacía referencia a la mano como símbolo de dominio, y la raíz con apofonía del verbo *capere*, que aludía a la acción de coger algo⁸³. De esta forma, el significado de *mancipium* se correspondería con la expresión *manu cupium*, que englobaría a todos aquellos bienes o personas que el *pater familias* tenía en su mano o poder.

Sin embargo, estas fuentes no aclaran qué debía entenderse exactamente cuándo se utilizaba el término *mancipium*. En este sentido, parece que en las instituciones de Gayo se asociaba con la antigua noción de *mancipatio* y las personas *in mancipio*. A este respecto, el jurista recuerda que podían manciparse los hijos⁸⁴, la mujer⁸⁵, los esclavos, ciertos animales y algunos predios⁸⁶.

Con respecto a las personas que se encontraban en esta posición, afirma que ostentaban una condición equiparable a los esclavos:

Gai. 1.138: *Il, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt.*

⁸¹ Varro, *De ling. lat.* 6.85: *A manu manupretium; mancipium, quod manu capitur; quod coniungit plures manus, manipulus; manipularis, manica. Manubrium, quod manu tenetur. Mantelium, ubi manus terguntur.*

⁸² Gai. 1.121: *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: Praedia vero absentia solent mancipari.*

⁸³ Sobre la precisión de la explicación formulada por parte de Varrón y Gayo en torno al verdadero origen etimológico de los términos *mancipium* y *mancipatio*, vid. GALLO, F., *Studi sulla distinzione fra "res mancipi" e "res nec mancipi"*, cit., pp. 50 ss.

⁸⁴ Gai. 1.117: *Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.*

⁸⁵ Gai. 1.118: *Idem iuris est in earum personis, quae in manu sunt: Nam feminae a coemptionatoribus eodem modo possunt mancipari, quo liberi a parente possunt, adeo quidem, ut quamvis ea sola apud coemptionatorem filiae loco sit. Quae ei nupta sit, tamen nihilo minus etiam quae ei nupta non sit nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit.* Gai. 1.118a: *Sed plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionatoresque ex suo iure eas personas dimittere, sicut inferius evidentius apparebit.*

⁸⁶ Gai. 1.120: *Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.*

En resumen, se puede concluir por el momento que Gayo asociaba el término *mancipium* directamente con la antigua noción de *mancipatio* y, más concretamente, con los bienes y personas *in mancipio*, a las que consideraba *servorum loco*. Sobre la base de este planteamiento, se ha considerado la posibilidad de que el *mancipium* fuese una especie poder soberano del *pater familias*, en cierto sentido equiparable al *imperium* de los magistrados en la esfera pública⁸⁷. Al igual que la estructura pública romana, el grupo familiar contaría con un territorio y una población propia que habrían requerido la dirección política de un jefe soberano.

A pesar de que esta teoría resulta aparentemente sugestiva, lo cierto es que en la actualidad se considera completamente superada⁸⁸. Las distintas referencias textuales en relación con la utilización del término *mancipium* en época antigua parecen apuntar a que su significado en un sentido potestativo se limitaría, en todo caso, a los supuestos en que se adquiría a una persona a través de la *mancipatio*⁸⁹. En ningún caso parece que pudiera asimilarse a una forma de poder doméstico⁹⁰.

⁸⁷ El principal exponente de la teoría que defiende la naturaleza originariamente política de la potestad familiar es DE VISSCHER, F., «*Mancipium et res Mancipi*», cit., pp. 276 ss. (= *Nouvelles études de droit romain public et privé*, cit., pp. 209 ss.); «*Auctoritas e mancipium*», en *SDHI*, 22 (1956), pp. 87 ss., quien consideraba que a partir de la exposición recogida en las instituciones de Gayo (1.116-123) se podía interpretar que la potestad familiar, calificada originariamente como *mancipium*, era una especie de “*imperium* doméstico” ejercitado sobre todos los seres animados que se encontraban dentro de los límites territoriales de la casa del *pater familias*. Todos ellos podían ser objeto de *mancipatio*, en contraposición a la *traditio* que se aplicaba sobre las *res nec Mancipi*. Si bien es cierto que esta teoría ha sido objeto de numerosas reformulaciones desde su primigenia exposición, todavía parte de la doctrina considera que originariamente la potestad familiar presentaba una naturaleza eminentemente política, *vid.* CORNIL, G., «*Du Mancipium au Dominium*», en *Festschrift P. Koschaker*, 1 (Weimar, 1939), pp. 404 ss.; GROSSO, G., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano: dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni* (Turín, 1970), pp. 121 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado* (Barcelona, 1972), p. 246; D'ORS, A., *Derecho privado romano* (Pamplona, reimp. 2010), p. 301.

⁸⁸ Las críticas más duras contra la teoría defendida por De Visscher han sido realizadas por autores como LEVY-BRUHL, H., «*Autour de la “mancipatio familiae”*», en *Atti del congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto (Verona)* (Milán, 1948), pp. 71 ss.; LUZZATTO, G. I., *Le organizzazioni preciviche e lo stato* (Modena, 1948), pp. 15 ss.; VOCI, P., *Modi di acquisto della proprietà* (Milán, 1952), pp. 259 ss.; BREONE, M., *La nozione romana di usufrutto* (Nápoles, 1962), pp. 23 ss.; AMBROSINO, A., «*Le applicazioni innovative della mancipatio*», cit., pp. 580 ss.; DIOSDI, G., *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, cit., p. 54; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà*, cit., pp. 203 ss.

⁸⁹ Esta es la posición originariamente expresada por GALLO, F., *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* (Turín, 1955), pp. 79 ss., recogida de forma más extendida con posterioridad en su obra *Studi sulla distinzione*, cit., pp. 1-121.

⁹⁰ CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà*, cit., p. 254.

De hecho, un análisis de las fuentes del período republicano pone de manifiesto que antiguamente se utilizaba el término *mancipium* para referirse a las transferencias que en época clásica se realizan mediante la *mancipatio*, de manera que la realización de esos actos de adquisición se indicaban a través de expresiones como “*mancipium facere*”, “*mancipio dare*” o “*mancipio accipere*”⁹¹.

Entre los diferentes textos que indican una estrecha relación entre la *mancipatio* y el *mancipium* destaca especialmente un fragmento de Festo, usado tradicionalmente para reconstruir el contenido de XII Tab. 6.1:

Fest., *De verb.* 173.11: *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II. de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata: “cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto”. Id est uti nominarit, locutusve erit, ita ius esto.*

En relación con la construcción “*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”, parece que tanto el *nexum* como el *mancipium* serían actos jurídicos en los que se ha insertado una *nuncupatio*⁹². A pesar de que algunos autores consideran que se trataba de dos negocios jurídicos claramente diferenciados⁹³, sin embargo, tradicionalmente la mayor parte de la doctrina ha tendido a destacar las grandes similitudes que existían entre ambos actos jurídicos⁹⁴.

⁹¹ De acuerdo con GALLO, F., *Studi sulla distinzione*, cit., pp. 45 ss., las numerosas discordancias lingüísticas acerca del término *mancipium* detectadas en su momento por SOLAZZI, S., «Glosse a Gaio», cit., p. 154, se explicarían debido a que Gayo habría adaptado varios fragmentos de sus instituciones al lenguaje de su época mediante una sustitución reiterada del término *mancipatio* por el antiguo vocablo *mancipium*. En apoyo de esta teoría, el autor destaca que el acto de adquisición recibe la denominación de *mancipium* en numerosas fuentes, cfr. Fest., *de verb. sign.* 173.11; Varro, *de ling. lat.* 5.163; 6.74; 6.85; Cic., *de orat.*, 1.39.178; 1.39.179; *de off.* 3.16.67.

⁹² ALBANESE, B., «*Cum nexum faciet mancipiumque*», en AUPA, 42 (1992), p. 50 (= *Scritti giuridici*, vol. III (Turín, 2006), p. 86.

⁹³ De acuerdo con KASER, M., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 166 nt. 5 mientras que el *mancipium* sería una forma de poder utilizada para referirse a los elementos de carácter patrimonial, el *nexum* se habría utilizado exclusivamente para las personas *sui iuris*. Cfr. KRETSCHMAR, P., «Das “*nexum*” und sein Verhältnis zum “*mancipium*” », en ZSS, 29 (1908), p. 235.

⁹⁴ Entre las aportaciones más destacadas se cuenta MITTEIS, L., «Über das “*nexum*”», en ZSS, 22 (1901), pp. 96 ss.; MOMMSEN, T., «*Nexum*», en ZSS, 23 (1902), pp. 348 ss.; PFLÜGER, H. H., *Nexum und Mancipium* (Leipzig, 1908), pp. 5 ss.; MITTEIS, L., «Recensión de PFLÜGER, H. H., *Nexum und Mancipium*», en ZSS, 29 (1908), pp. 498 ss.; KASER, M., *Eigentum und Besitz*, cit., pp. 148 ss.; ID., *Das altrömische ius*, cit., pp. 119 ss.; LÜBTOW, U., «Zum Nexumproblem», en ZSS, 67 (1950), pp. 112 ss.; SERRAO, F., *Diritto privato*, cit., pp. 176 ss.; ALBANESE, B., *Cum nexum faciet mancipiumque*, cit., p. 94; D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 432 nt. 2.

Junto a la *mancipatio* y la *solutio per aes et libram*, el *nexum* presenta todas las características propias de un acto libral⁹⁵. En relación con este punto, Varrón rememora cierta disputa jurisprudencial sobre la naturaleza de estos actos.

Varro, *De ling. lat.* 7.105: “*Nexum*” *Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint Mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom Mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum.*

Este fragmento comienza recordando, en primer lugar, que el jurista Manilio defendía que el *nexum* era un género del que derivaban el resto de especies de actos librales. Pero Varrón recuerda inmediatamente que, en contraposición a esa postura, Quinto Mucio Escévola *pontifex* incidía en que el *nexum* tenía un marcado carácter obligatorio, de forma que la *mancipatio* quedaría excluida del mismo. En todo caso, parece evidente que la naturaleza del *nexum* posibilitaba que se generase un poder directo e inmediato sobre una persona.

El testimonio de Varrón continúa precisando que la persona sometida al *nexus* mantenía su condición de persona libre formalmente, aunque estuviera obligado a prestar ciertos servicios en favor de su adquirente. No se trataba, por tanto, de una situación equiparable a la esclavitud o al sometimiento de deudores a la *manus iniecto*. De hecho, el adquirente tenía la obligación de ofrecer un trato razonable al *nexus* mientras estuviera sometido a su autoridad⁹⁶ y se encontraba obligado a liberarlo cuando este hubiera saldado definitivamente su deuda.

Varro, *De ling. lat.* 7.105: *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat nectebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui Bonam Copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti.*

⁹⁵ MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 129.

⁹⁶ Al respecto, AMUNATEGUI PERELLÓ, C., «El trinomio “*potestas manus mancipiumque*”», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]*, 35 (2013), p. 97, afirma que como consecuencia de las protestas de los plebeyos desde la época antigua debieron establecerse varios mecanismos de protección de las personas sometidas al *nexum* (Liv. 2.23). En este sentido, Val. Max. 6.1 recuerda un supuesto en el que tuvieron que intervenir los propios cónsules romanos para sancionar los abusos cometidos contra un *nexus*.

Estos rasgos parecen asemejarse notablemente a la posición de las personas *in mancipio*, que mantenían la condición de personas libres a pesar de ser consideradas *servorum loco*, tenían derecho a recibir un trato humanitario por parte del mancipante⁹⁷ y debían ser liberadas al cumplir con su cometido⁹⁸. Así pues, tanto el *mancipium*, que posteriormente aparece vinculado a la noción de *mancipatio*, como el *nexum* consistían en actos librales en virtud de los cuales se podía adquirir el dominio sobre una persona libre con la finalidad de que prestara un servicio.

De esta forma, el *mancipium* se utilizaba antiguamente como una herramienta para asegurar la supervivencia del grupo familiar, pues mediante este acto jurídico el *pater familias* adquiría el dominio tanto sobre elementos de carácter patrimonial como sobre personas libres que eran incorporadas al grupo familiar con el firme propósito de que proporcionasen un determinado servicio a la comunidad doméstica⁹⁹.

Sin embargo, la antigua noción de *mancipium* no puede equipararse con la noción clásica de propiedad¹⁰⁰. Eso supondría aceptar que las *res nec mancipi* quedaban fuera del *dominium* del *pater familias*¹⁰¹ y además no concordaría con el hecho de que los esclavos se encontrasen sometidos a la *potestas* del cabeza de familia, al igual que los hijos de familia, en lugar de estar sujetos al *mancipium*¹⁰².

⁹⁷ Gai. 1.141: *In summa admonendi sumus adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento; nisi scilicet ex noxali causa mancipantur.*

⁹⁸ Gai. 1.123: *Illa quidem, quae coemptionem facit, non deducitur in servilem condicionem, at a parentibus et a coemptionatoribus mancipati mancipatae servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona servorum. Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione. Cfr. Gai. 3.114.*

⁹⁹ FUENTESECA DEGENEFEE, M., *La formación romana del concepto de propiedad* (Madrid, 2004), p. 135, señala que “así como el cazador (*auceps*) hace un acopio (*aucupium*) de aves de caza, el *manceps* hace un *mancupium* (*mancipium*), es decir, un acopio de cosas para el *mancipium*”.

¹⁰⁰ Entre otros muchos autores, rechazan esa equiparación BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano. La proprietà*, cit., p. 205; SERRAO, F., *Diritto privato*, cit., p. 58; ALBANESE, B., «Cum nexum faciet mancipiumque», cit., pp. 52 ss.; DIOSDI, G., *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, cit., pp. 58 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà*, cit., pp. 305 ss.; AMUNATEGUI PERELLÓ, C., *El trinomio “potestas manus mancipiumque”*, cit., pp. 102 ss.

¹⁰¹ FRANCIOSI, G., Recensión a GALLO, F., «“Res mancipi” e “res nec mancipi”», en *Labeo*, 5, vol. 3 (1959), pp. 380 ss., señala que los autores que defienden la equivalencia entre el antiguo *mancipium* y el derecho de propiedad mantienen que las *res nec mancipi* únicamente pueden ser poseídas.

¹⁰² Gai. 1.52: *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: Nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*

En realidad, la antigua noción de *mancipium* parece aludir a la posición o el *status* cualificado que el adquirente ostentaba como consecuencia de la adquisición de bienes o personas *in mancipio*. Se trataría más bien de un poder personal dentro de la *familia*¹⁰³, que habría trascendido el sentido meramente económico de la concepción clásica de *dominium* para englobar todo un conjunto de dimensiones personales, religiosas y sociales en que se desenvolvía la antigua *familia* romana.

El *dominium* o *mancipium* originariamente reconocido al *pater familias* sobre el conjunto de elementos que componían la *familia* se fundamentaba en su posición de autoridad central en el ámbito doméstico. Sus amplísimas facultades de mando solo se justificaban con base en su deber de velar por el buen funcionamiento de la comunidad doméstica tanto en el plano material como espiritual¹⁰⁴. De esta forma, esa autoridad realmente suponía un reconocimiento de su condición de director del grupo familiar, en cuanto que contaba con distintos recursos patrimoniales y personales para asegurar el mantenimiento y continuidad de la *familia* en el tiempo.

¹⁰³ Se trata de una teoría expuesta originariamente en GALLO, F., *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, cit., pp. 198 ss., aunque reformulada posteriormente en otras obras del mismo autor como «Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana», en *Labeo*, 16 (1970), pp. 21 ss., o *Idee vecchie e nuove sui poteri del pater familias*, cit., pp. 29 ss.

¹⁰⁴ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 41.

2.3. BAJO LA MANUS DEL PATER FAMILIAS

La noción de *mancipium* consagra el sometimiento de todos los elementos que componen la *familia* a la autoridad del *pater familias*. Como director de la comunidad doméstica tenía reconocida una posición de absoluta centralidad, hasta el punto de que la pertenencia a la *familia* estaba determinada por el sometimiento a su autoridad. Así, la incorporación a la *familia* implicaba ponerse a disposición del *pater familias*, que debía consentir el ingreso mediante algún tipo de aceptación.

Esta circunstancia resultaba evidente en el caso de los bienes patrimoniales que se incorporaban al servicio de la comunidad doméstica, pues a pesar de que en época arcaica todavía no se hubiera consolidado una noción técnica del derecho de propiedad, no cabe duda de que el *pater familias* aprehendía como propios esos bienes a través de algún tipo de reconocimiento jurídico de su pertenencia. Al respecto, las instituciones de Gayo recuerdan que las fuentes que legitimaban la adquisición del dominio podían ser tanto *iure civili* como *naturali iure*¹⁰⁵.

De acuerdo con el testimonio de Gayo, las primeras formas de reconocimiento del dominio estarían basadas en la ocupación de los bienes patrimoniales¹⁰⁶, que podían transmitirse a través de una forma arcaica de *traditio iure naturali*¹⁰⁷. Ahora bien, junto a estas primeras formas de adquisición del dominio¹⁰⁸, en época arcaica habrían surgido otros medios jurídicos para adquirir el dominio como la *mancipatio* y, posteriormente, la *in iure cessio*, la *usucapio* o la *adiudicatio*.

¹⁰⁵ Gai. 2.65: *Ergo ex his, quae diximus, apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

¹⁰⁶ Gayo, 2 rer. cott., D. 41.1.1: *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. Et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.*

¹⁰⁷ Gai. 2.66: *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo consequi poterimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur.*

¹⁰⁸ En el mismo sentido que Gayo, un fragmento de Paulo recuerda que el jurista Nerva también situaba el origen de las primeras formas de adquisición del dominio en la posesión y aprehensión material de los bienes patrimoniales, Paulo, 54 ad Ed., D. 41.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.*

Todas estas primigenias modalidades de adquisición del dominio se caracterizan por la necesidad de realizar un acto de aprehensión corporal mediante la propia *manus* del *pater familias*. Por ese motivo, en los anteriores apartados hemos destacado que la primera forma de *dominium* recibía la denominación de *mancipium*. Estas formas de adquisición no solo se aplicaban sobre los elementos patrimoniales, sino que también recaían sobre las personas libres que componían la *familia*.

En sentido específico, la *manus* hacía referencia a la potestad del *pater familias* sobre aquellas mujeres romanas libres que se incorporaban a su *familia*¹⁰⁹, generalmente como consecuencia de la celebración del matrimonio¹¹⁰, aunque también podía llevarse a cabo en virtud de otra serie de circunstancias que aconsejaban su sometimiento a la autoridad del cabeza de familia¹¹¹. En todo caso, cualquiera de las modalidades que existían en época antigua para celebrar la *conventio in manum* – de acuerdo con Gayo podía realizarse mediante *usus*, a través de una *confarreatio* o por *coemptio*¹¹² – parece que se requería la aceptación del *pater familias*.

Estas circunstancias se reflejan con especial claridad en la *coemptio* - acaso la forma primigenia de someterse a la *manus* del *pater familias*¹¹³ - que consistía en la adquisición de una mujer libre a través de una *mancipatio* con el objetivo de que esta se

¹⁰⁹ Cfr. Gai. 1.111.

¹¹⁰ Un sucinto repaso de las principales corrientes doctrinales acerca de la consideración otorgada al matrimonio en relación con la *manus* puede encontrarse en AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., «El origen de los poderes del “*paterfamilias*”, vol. II: el “*paterfamilias*” y la “*manus*”», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29 (Valparaíso, 2007), pp. 52 ss., donde el autor recuerda que desde la obra de MÜNTER, C., *Dissertatio de matrimonio romano in specie de confarreatione* (Gotinga, 1786), históricamente se había considerado que las distintas formas de entrar en la *manus* del marido se equiparaban a formas de contraer matrimonio. Aunque esta concepción tradicional fue objeto de duros ataques por parte de diversos estudiosos del siglo XX, hasta la publicación de diversas obras de VOLTERRA, E., *Ancora sul problema della familia romana*, cit., pp. 615 ss.; «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», en *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei* (1966), pp. 254 ss. y, especialmente, «La *conventio in manum* e il matrimonio romano», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 12 (1968), pp. 205 ss.; no se aceptó de forma unánime que la *manus* y el matrimonio eran instituciones claramente diferenciadas desde sus mismos orígenes.

¹¹¹ ALBANESE, B., *Le persone nel diritto romano* (Palermo, 1979), p. 289, señala que se puede hablar de una *manus matrimonii causa* en contraposición a otra *manus fiduciae causa*, tomando como referencia a Gai. 1.114 donde distingue entre *coemptio matrimonii causa facta* y *coemptio fiduciae causa facta*.

¹¹² Gai. 1.110: *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*.

¹¹³ Se trata de una teoría expuesta por KOSCHAKER, P., «Die Eheformen bei den Indogermanen», en *II Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag* (1937), pp. 77 ss., que posteriormente ha recibido el apoyo de destacados autores como KASER, M., *Ehe und conventio in manum*, cit., pp. 72 ss.; TOMULESCU, C., «Le rapports entre le mariage et la *manus*», en *RIDA*, 18 (1971), p. 727; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., pp. 73 ss.; DÜLL, R., «Studien zur Manusehe», en *Festschrift Leopold Wenger zu seinem 70 Geburtstag* (Múnich, 1944), pp. 211 ss.

integrarse en su comunidad familiar como su mujer o bajo otras circunstancias¹¹⁴. Frente a la *confarreatio* o el *usus*, que aparecen necesariamente vinculados a la celebración del matrimonio, la *coemptio* ponía de manifiesto la capacidad jurídica del *pater familias* para generar vínculos de pertenencia potestativa.

Ahora bien, independientemente de cómo se realizase la *conventio in manum*, a partir de ese momento la mujer adquiría automáticamente la condición de miembro de la *familia* como *mater familias*¹¹⁵. No obstante, esta calificación únicamente era un título honorífico, pues las fuentes recalcan que la condición de la *uxor in manu* se equiparaba en época antigua a la de los hijos de familia¹¹⁶ y, en consecuencia, ostentaba esa misma posición jurídica dentro de la comunidad familiar.

Con respecto a los hijos de familia, su ingreso en la comunidad doméstica del *pater familias* ya indicamos que podía llevarse a cabo en virtud de su nacimiento en justas nupcias¹¹⁷ o a través de cauces adoptivos¹¹⁸. Sin embargo, en todos estos casos la filiación de los hijos de familia dependía en última instancia de la confirmación por parte del *pater familias*. Solo tras haber aceptado este su adscripción al grupo familiar, podían ostentar la condición de *alieni iuri sub potestate patris*.

¹¹⁴ En las fuentes de época clásica se recogían distintas modalidades de *coemptio* fiduciaria, en el sentido en que se trataba de supuestos en los que se realizaba una *conventio in manum* bien con la finalidad de que una mujer pudiera sustituir a su tutor actual por otro de su agrado (*coemptio tutela evitandae causa*), para que la mujer viera reconocida su capacidad jurídica para poder instituir testamento (*coemptio testamenti faciendi gratia*) o con el fin de traspasar a su nuevo *pater familias* los deberes asociados al culto religioso familiar (*sacra familiaria*) que podían haber recaído en ella como heredera (*coemptio sacrorum interimendorum causa*). Ahora bien, como señala ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 294, aunque todos estos supuestos parecen haber sido elaborados por la jurisprudencia en época relativamente tardía, no se puede descartar que durante el período arcaico ya existiese alguna *coemptio fiduciae causa* mediante la que la mujer aceptase someterse a la autoridad del *pater familias* con el fin de procurarse cierta protección o para reforzar esa determinada comunidad doméstica.

¹¹⁵ Gell., *Noct. Att.* 18.6.9: *Matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset.*

¹¹⁶ La condición de las mujeres sometidas a la *manus* marital como *filiae loco* se encuentra plasmada en numerosos fragmentos de las instituciones de Gayo (Gai. 1.111; 1.114; 1.115 b; 1.118; 1.136; 1.148; 2.139; 2.159; 3.3), pero también en las obras de otros autores como Dion. Hal. 2.25; Tacit., *Ann.* 4.16; Gell., *Noct. Att.* 18.6.9; Serv., *Ad Georg.* 1.31.

¹¹⁷ Gai. 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.*

¹¹⁸ Cfr. Gai. 1.97-99.

Desde su incorporación al grupo familiar, estas personas ostentaban la condición de *alieni iuri sub potestate patris*, lo que implicaba su pleno sometimiento jurídico al *dominium* del cabeza de familia. Como hemos indicado con anterioridad, la especial intensidad de los poderes del *pater familias* se justificaba por la trascendencia de la función que debía desempeñar el *pater familias* a la hora de aunar los esfuerzos de todos los componentes de la comunidad doméstica en pos de un objetivo común: garantizar el mantenimiento y la continuidad de la *familia* en el tiempo.

En consecuencia, cabe pensar que originariamente la incorporación de nuevos componentes de la *familia* se establece teniendo en cuenta su potencial a la hora de incrementar la fortaleza de la comunidad doméstica. Únicamente existiría interés por contar con aquellos miembros que efectivamente aportasen valor al grupo familiar, mientras que aquellos que presumiblemente supondrían una carga eran rechazados¹¹⁹. Consecuentemente, desde la época antigua se contemplaban medidas sancionatorias y distintos mecanismos de expulsión para los miembros que, formando parte del grupo familiar, amenazaban la estabilidad interna del mismo¹²⁰.

¹¹⁹ En este sentido, diversos autores de época clásica ponen de manifiesto que antiguamente cualquier *pater familias* estaba legitimado para dar muerte a los hijos de familia que hubieran nacido con forma monstruosa (Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.15.2.1; Seneca, *de ben.* 3.15.2.5), facultad que se encontraba reconocida expresamente en la ley de las XII Tablas de acuerdo con Cic., *de leg.* 3.19.12: *Deinde, quom esset cito <n>ecatus tamquam exxii tabulis insignis ad deformitatem puer, breui tempore nescio quo pacto recreatus multoque taetrior et foedior <re>natus est.*

¹²⁰ En virtud de las amplísimas facultades disciplinarias reconocidas antiguamente al *pater familias*, este se encontraba legitimado para imponer sanciones cuando observara comportamientos inadecuados por parte de los miembros de su *familia*. Ahora bien, estos castigos presentaban distinta importancia en función de la gravedad de la conducta realizada. Las sanciones más graves aparecen asociadas a la capacidad del *pater familias* para decidir sobre la pertenencia de aquellos al grupo familiar, pues de esta forma podía proceder al abandono de los hijos (*ius exponendi*), a su venta (*ius vendendi*) o incluso podía llegar a darles muerte en determinadas circunstancias (*ius vitae ac necis*).

A la hora de abordar el estudio de todas estas facultades patriarcales, resulta imprescindible la lectura de FAYER, C., *La familia romana. Parte prima* (Roma, 2005), pp. 140 ss.

Con respecto a las mujeres sometidas a la *manus*, también parece que el *pater familias* disponía de una serie de facultades disciplinarias similares. En este sentido, el cabeza de familia podía proceder al repudio de la mujer siempre que esta hubiera cometido alguna conducta grave (Plutar., *Rom.* 22.3 alude a los supuestos de envenenamiento de la prole, falsificación de las llaves de la vivienda familiar o la comisión del delito de adulterio) e incluso podía hacer uso del *ius necandi* para dar muerte a la mujer en ciertos supuestos (Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.25.2.1; Gell., *Noct. Att.* 10.23.4). Con respecto a la situación en que antiguamente se encontraban las mujeres sometidas a la *manus* del *pater familias*, en cuanto que podían recibir sanciones disciplinarias que conllevasen la expulsión del grupo familiar e incluso la muerte; sobre esta materia, *vid.* AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., *El origen de los poderes del “paterfamilias”, vol. II: el “paterfamilias” y la “manus”*, cit., pp. 105 ss.

En este contexto de economías de subsistencia, cabe entender la existencia de las denominadas personas *in mancipio*. Como hemos destacado en el apartado anterior, se trataba de personas libres que eran cedidas por su propio *pater familias* en virtud de una *mancipatio*¹²¹ para que desempeñase ciertos servicios en favor del adquirente. Mediante este negocio jurídico, ambas partes obtenían algún tipo de beneficio del acuerdo, pues el *pater familias* mancipante posiblemente recibiría algún tipo de contraprestación, mientras que el *pater familias* adquirente podía contar con nueva fuerza de trabajo para sacar adelante a su comunidad familiar.

En esencia, se trataba de un mecanismo con el que equilibrar la fuerza de trabajo entre grupos familiares, de manera que aquellos que dispusieran de un excesivo número de miembros podrían ceder a alguno de ellos, a cambio de alguna contraprestación, a otros grupos familiares necesitados de fuerza de trabajo. De esta forma, las personas *in mancipio* se sumaban al conjunto de personas libres que conformaban la comunidad familiar bajo el *mancipium* del *pater familias*.

El sometimiento de todas estas personas libres que formaban parte de la *familia* a la autoridad del *pater familias* se fundamentaba en la necesidad de que colaborasen con el sostenimiento de la comunidad doméstica. En este sentido, originariamente eran considerados servidores de la *familia* o, más concretamente, servidores de un cabeza de familia que debía dirigir sus esfuerzos en función del interés colectivo de la continuidad familiar entendida en su sentido más amplio.

Sin embargo, a medida que Roma se impone militarmente a lo largo de toda la península itálica comienza a generalizarse la reducción de los pueblos conquistados a la condición de esclavos¹²². Consecuentemente, a partir del siglo IV a.C. se establece un verdadero sistema esclavista, que se utilizará como principal vía de abastecimiento de mano de obra para los grupos familiares¹²³. Esto supuso una profunda transformación en el funcionamiento interno de las comunidades domésticas romanas.

¹²¹ De acuerdo con la regulación establecida durante la época decenviral en relación con la emancipación y la adopción de los hijos de familia (XII Tab. 4.2), parece que una sola *mancipatio* era suficiente para que los hijos de familia de género masculino pudieran ser manumitidos. Sin embargo, con posterioridad la escuela proculiana defendió la necesidad de realizar una triple mancipación para poder manumitir a los hijos de familia durante la época clásica (Gai. 1.132). Dada la complejidad del acto, se simplificó a una sola mancipación para las hijas y los descendientes de ulterior grado.

¹²² De acuerdo con el *ius gentium*, los prisioneros de guerra se convertían en esclavos (Inst. 1.3.4).

¹²³ DE MARTINO, F., *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, cit., pp. 27 ss.

La consolidación de esta nueva forma de sometimiento conllevará la paulatina desaparición de la originaria noción de personas *in mancipio*, tendencia que alcanza su punto culminante con la promulgación de la *lex Poetelia Papiria*¹²⁴. A partir de ese momento, el *mancipium* solo subsiste como cauce jurídico empleado para saldar deudas derivadas de la comisión de un delito (*noxae deditio*), para realizar adopciones o con el objetivo de posibilitar la emancipación de los hijos de familia.

De esta manera se explica que, a pesar de que los esclavos se encontrasen bajo la *potestas* del *pater familias*¹²⁵, numerosas fuentes de época antigua asociasen el término *mancipium* con los esclavos. Los esclavos recibían la denominación de *mancipia*¹²⁶ en época clásica porque constituían la nueva mano de obra, es decir, vinieron a sustituir a los antiguos miembros de la *familia* que se encontraban al servicio del *pater familias*. En otras palabras, quedaron sometidos a su *mancipium*.

¹²⁴ Como recuerda MARRONE, M., *Istituzioni*, p. 208, la promulgación de la *lex Poetelia Papiria* en el año 326 a.C. supuso la abolición del *nexum* como forma de establecer la responsabilidad personal del deudor en los procesos ejecutivos.

¹²⁵ *Vid. supra* Gai. 1.52.

¹²⁶ Un recorrido por las principales fuentes en las que el término *mancipium* aparece relacionado con la noción de *servus* se encuentra en FUENTESECA, P., «*Mancipium, mancipatio, dominium*», en *Labeo*, 4 (1958), pp. 135 ss. (= *Estudios de Derecho romano*, IV (2009), pp. 1327 ss.), donde el autor concluye que desde la época antigua los esclavos eran denominados *mancipia* y, por ese motivo, considera probable que la *mancipatio* fuera el acto de compra real de los *servi*.

2.4. EN AUSENCIA DEL PATER FAMILIAS

Con arreglo a nuestras conclusiones, la antigua *familia* romana se estructura en torno a la figura del *pater familias*, a quien se reconocen unas amplísimas facultades con el fin de que garantice la continuidad del grupo familiar. Por ese motivo, no solo se encarga de representar a la comunidad doméstica en su contacto con el mundo exterior, sino que también administra económicamente a la *familia*, impone el orden interno y se encarga de dirigir el culto privado¹²⁷. Su presencia resulta indispensable para asegurar el buen funcionamiento del grupo y, por ende, su continuidad en el tiempo.

La supeditación de todos los miembros de la comunidad doméstica a la figura del *pater familias* plantea el problema de su sucesión cuando no pudiera desempeñar sus funciones domésticas. Esta situación podía producirse no sólo en caso de fallecimiento, sino también cuando un ciudadano romano perdía su posición de autoridad jurídica en el seno de la *familia* agnaticia¹²⁸. En ambos supuestos se extinguían los vínculos familiares que ese ciudadano romano mantenía vigentes hasta ese momento y, en consecuencia, la comunidad quedaba desprovista de un *dominus*.

De acuerdo con el testimonio de Ulpiano, la desaparición de la figura del cabeza de familia suponía la fragmentación del antiguo grupo familiar, pues todos los hijos de familia inmediatamente sometidos a su autoridad hasta ese momento se integraban en nuevas comunidades familiares¹²⁹.

Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.2: *Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt.*

¹²⁷ En este sentido, Catón el Viejo recuerda que otros sujetos como el *vilicus* tenían prohibido dirigir los ritos religiosos encomendados al *pater familias* (Cato, *de re rustica* 143: *Vilicae quae sunt officia curato faciat (...) scito dominum pro tota familia rem divinam facere*).

¹²⁸ A esta situación se refieren las fuentes como *capitis deminutio*, pues como explica ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 313, la expresión se entendía en el sentido de pérdida (*deminutio*) de una posición jurídica o un *status* familiar (*caput*). Las fuentes hablan de *prioris status permutatio* (Gai. 1.159; Boeth, *Ad Cic. Top.* 4.18; Gayo, 4 *ad Ed. prov.*, D. 4.5.1; *Pauli Sent.* 1.7.2), de *status mutatio* (Paulo, 1 *sent.*, D. 4.1.2; *Pauli Sent.* 3.6.29) o de *mutare statum* o *condicionem* (Paulo, 11 *resp.*, D. 38.6.9).

¹²⁹ No obstante, los antiguos miembros del grupo familiar originario todavía mantenían cierta vinculación agnaticia a través de la denominada *familia communi iure*, vid. Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.2: *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

La fragmentación del antiguo grupo familiar se producía como consecuencia del reconocimiento de la condición de ciudadanos *sui iuris* a todos los hijos de familia, de manera que mientras que todos los varones se convertían en cabezas de sus respectivas familias, las mujeres podían incorporarse a la *familia* de sus maridos o, en caso de no encontrarse sometidas a ninguna autoridad, se convertían en *caput et finis* de su propia comunidad familiar unipersonal¹³⁰. A partir de ese momento, todos ellos adquirirían plena capacidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones.

A pesar de que Ulpiano únicamente alude en su exposición a las consecuencias que se derivaban desde el punto de vista personal, cabe suponer que a cada uno de los hijos de familia que devenía *sui iuris* a la muerte del *pater familias* le correspondía una parte del patrimonio familiar. Ahora bien, en algunas circunstancias, la titularidad de esos bienes podía recaer sobre personas que no estaban capacitadas para administrarlos, lo que implicaba un evidente riesgo para la continuidad familiar.

¹³⁰ Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.5: *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.*

3. LA NECESARIA APARICIÓN DE LA TUTELA EN ÉPOCA ANTIGUA

3.1 UNA POTESTAD SOBRE PERSONAS *SUI IURIS*

Por norma general, los romanos reconocían capacidad jurídica para intervenir en el ámbito jurídico a cualquier persona que hubiera alcanzado un grado de madurez intelectual que le permitiese comprender el alcance de los actos jurídicos que pretendía concluir personalmente. No obstante, desde una época muy remota esa capacidad de actuación podía encontrarse limitada total o parcialmente en razón de causas como la edad, el género, la enfermedad mental o la prodigalidad.

Conforme a la mentalidad imperante en la antigua sociedad romana, personas como las mujeres, los impúberes, los dementes o los pródigos no se consideraban suficientemente capacitados para operar en el tráfico jurídico. En consecuencia, resultaba conveniente establecer ciertas restricciones que impidiesen o limitasen la constitución, modificación o extinción de sus propias relaciones jurídicas. En estos casos, se consideraba preferible la intervención de terceras personas que autorizasen o concluyesen esos actos jurídicos por cuenta de los sujetos considerados incapaces.

La situación de estas personas no entrañaba grandes problemas mientras se encontrasen sometidos bajo la autoridad de su *pater familias*. Dado que solo este tenía reconocida una capacidad jurídica plena dentro del grupo familiar, resultaba casi indiferente que el resto de integrantes *alieni iuris* estuvieran limitados para intervenir en el mundo negocial o jurídico. Al tiempo que controlaba cualquier actividad jurídica que pudiera afectar a la comunidad, el *pater familias* también se encargaba de proteger los intereses de los distintos miembros del grupo familiar¹³¹.

Ahora bien, de acuerdo con el testimonio de Ulpiano al que hemos aludido en el apartado anterior, cuando se producía el fallecimiento del *pater familias* todos los miembros de su *familia* que hasta entonces se encontraban inmediatamente sometidos a su autoridad dominical devenían *sui iuris*. Y en el caso de que se tratase de personas consideradas incapaces, se daba la circunstancia de que se convertían en titulares de una serie de derechos que no estaban capacitados para gestionar.

¹³¹ VOCI, P., *Manuale di Diritto Romano* (Milán, 1984), p. 264, destaca expresamente que “la sede naturale e originaria della protezione degli incapaci è la famiglia”, pues no sólo el *pater familias* se ocupa de proveer a estos de todo aquello que necesitan, sino que además los fuertes lazos de solidaridad fraternal promueven la protección de todos los elementos que forman parte de la *familia*.

Dado que no existen fuentes que contradigan la taxativa afirmación de Ulpiano, resulta razonable aceptar que esta fuera la regulación que regía desde la época antigua para los *fili familias* que tuvieran la consideración de incapaces¹³². Sin embargo, parte de la doctrina ha defendido que en origen las personas incapaces no podían alcanzar la condición de *sui iuris* mientras persistiese esa causa de incapacidad. En general, esta teoría se fundamenta en que no parece que los antiguos romanos distinguieran entre la capacidad jurídica para ser titular de relaciones jurídicas y la capacidad para obrar en el ámbito jurídico¹³³. Esta coincidencia en los términos implicaría que en el momento de la muerte del *pater familias* las personas consideradas incapaces de operar en el ámbito jurídico mantendrían la condición de *alieni iuris* y quedarían sometidas bajo la potestad de otra persona que se considerase capacitada¹³⁴.

¹³² Esta es la interpretación adoptada por la doctrina más reciente, entre los que se encuentran VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 76.; *Studi sulla tutela mulierum II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto* (Milán, 1979), pp. 49 ss.; ALBANESE, B., *Le persone*, cit., pp. 530 ss.; PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milán, 1984), pp. 50 ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano* (Turín, 1990), p. 112; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., pp. 708 ss.; CORBINO, A., «Schemi giuridici di appartenenza nell'esperienza romana arcaica», en *La proprietà e le proprietà* (Pontignano, 30 Settembre – 3 Ottobre 1985) (Milán, 1988), pp. 14 ss.; CANTARELLA, E., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia* (Milán, 1996), p. 66; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 244; MEDICI, C., *Ricerche sulla tutela mulierum* (Milán, 2011).

¹³³ Esta posición ha sido defendida principalmente por GUARINO A., *Le "XII Tabulae"*, cit., pp. 31 ss.; (= «Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici», en *Biblioteca di Labeo*, 5 (Nápoles, 1973), pp. 237 ss.); ID., *Pagine di diritto romano*, IV (Nápoles, 1994), pp. 146 ss.; ID., *Diritto privato romano*, (Nápoles, 1997), p. 609, quien mantiene que únicamente a partir de la etapa postdecenviral se conforma una noción de capacidad de obrar independiente y, en consecuencia, las personas consideradas incapaces pueden alcanzar la condición de *sui iuris*.

¹³⁴ En esta línea de pensamiento, cabe distinguir en primer lugar a los seguidores de la teoría del heredero-tutor expuesta por BONFANTE, P., *Corso*, vol. I, cit., pp. 553 ss.; vol. VI, cit., pp. 148 ss., que mantienen la teoría de que las personas consideradas incapaces quedaban sujetas al poder del heredero elegido por el *pater familias* a través del testamento. Sin embargo, la mayor parte de autores que adoptan esta posición consideran superada esta visión y se inclinan por considerar que los incapaces quedaban sometidos a una cierta potestad familiar en época antigua, en una posición análoga a la que ocuparían los *fili familias*, cfr. MONIER, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. I (París, 1947), p. 315; VOLTERRA, E., *Sulla capacità delle donne*, cit., pp. 80 ss.; ID. *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma, 1977), p. 108; ID. «Famiglia e successioni», en *Scritti giuridici*, 2 (Nápoles, 1991), pp. 75 ss.; BIONDI, B., *Successione*, cit., pp. 94 ss.; BURDESE, A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* (Turín, 1950), pp. 13 ss.; KASER, M., «Ehe und "conventio in manum"», en *Iura*, 1 (1950) pp. 89 ss.; ID., «La famiglia romana arcaica», cit., p. 53; ID., *Das römische Privatrecht* (Múnich, 1971), pp. 83 ss.; GALLO F., *Osservazioni sulla signoria del pater familias*, cit., p. 223; GARCIA GARRIDO, M., *Ius uxorium, el regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, (Roma – Madrid, 1958), pp. 141 ss.; CASADO CANDELAS, M., *La tutela de la mujer en Roma* (Valladolid, 1972), pp. 19 ss.; SITZIA, F., «Recensión de P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*», en *Iura*, 27 (1976), p. 175; MONACO L., *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, (Nápoles, 2000), pp. 75 ss.

No obstante, la ausencia de fuentes que se refieran directamente a esta cuestión exige mostrarse cauteloso. En este sentido, solo existe constancia de que a partir del período republicano se aplicaba la regulación recogida por Ulpiano, que por otra parte no alude a ninguna excepción en el período arcaico. Ahora bien, suponiendo que esta excepción hubiera existido, cabría preguntarse qué sucedería en el caso de que todos los herederos naturales del *pater familias* fueran impúberes o mujeres. Ciertamente resulta inimaginable que estos se vieran despojados de sus derechos hereditarios, máxime teniendo en cuenta que la condición de los impúberes era temporal.

Mientras existieran *sui heredes*, no parece que los antiguos romanos estuvieran dispuestos a renunciar a la continuidad familiar en favor de la sucesión de parientes agnados o gentiles más lejanos. Por ese motivo, consideramos que lo más probable es que tanto las mujeres como los impúberes alcanzasen la condición de *sui iuris* tras el fallecimiento del *pater familias* y, en consecuencia, ocupasen la posición de herederos y continuadores de la comunidad familiar en el tiempo.

Sin embargo, persistía el problema de su incapacidad: si bien eran reconocidos como titulares del patrimonio familiar, no se encontraban en condiciones de hacerse cargo de la administración de la *hereditas*. La especial relevancia de los elementos transmitidos requería en la persona del *suus heres* una cierta capacidad para actuar de manera efectiva en los asuntos jurídicos y económicos. En juego se encontraba la continuidad del grupo familiar. Por ese motivo, es muy probable que durante cierto tiempo el resto de familiares se encargaran de su administración.

En principio, estas labores habrían correspondido al resto de *sui heredes* varones y púberes, que unidos en el antiguo *consortium ercto non cito*¹³⁵ se habrían encargado de gestionar adecuadamente la *familia* hasta que sus parientes alcanzasen la pubertad y se situasen en condiciones de gestionar los asuntos familiares. En el supuesto de que no existiera ningún *suus heres* considerado capaz, la administración de ese grupo familiar posiblemente recayese sobre los parientes agnados o gentiles. En virtud de los lazos de solidaridad fraternal, estos se habrían hecho cargo de salvaguardar los trascendentales elementos que posibilitaban la continuidad del grupo familiar hasta que alguno de los *sui heredes* estuviera capacitado para ocuparse de esta tarea¹³⁶.

¹³⁵ Vid. *infra* capítulo V apartado 3.5 sobre el *consortium ercto non cito*.

¹³⁶ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 64.

Sin embargo, la evolución social hacia formas de vida caracterizadas por un mayor individualismo¹³⁷ supuso el paulatino abandono de las tradicionales relaciones de solidaridad entre parientes. Como consecuencia de este nuevo contexto, los antiguos romanos se vieron obligados a articular un sistema jurídico que permitiera designar a una persona encargada de la supervisión de la gestión del patrimonio familiar en caso de que este recayese en manos de una persona considerada incapaz.

De esta forma habrían surgido las instituciones de la tutela y de la curatela, cuya principal diferencia radicaba en que mientras que la curatela tenía por objeto la gestión del patrimonio de las personas incapaces que padecían algún tipo de demencia o había sido incapacitadas a causa de su prodigalidad, el tutor se encargaba de la supervisión del patrimonio pupilar y proveía la asistencia necesaria para la celebración de ciertos actos jurídicos tanto a los impúberes como a las mujeres¹³⁸.

En los siguientes apartados nos vamos a ocupar precisamente de esos sujetos que desde época antigua se vieron sometidos a la supervisión de un tutor.

¹³⁷ DE MARTINO, F., *Individualismo e Diritto romano privato* (Turín, 1999), pp. 3 ss., ha reflejado con especial claridad los efectos jurídicos que supuso la paulatina tendencia de la antigua sociedad romana hacia formas de vida de marcado carácter individualista.

¹³⁸ Gai. 1.144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: Masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

3.2. *MASCULI AUTEM CUM PUBERES ESSE COEPERINT, TUTELA LIBERANTUR*

Los antiguos romanos estaban convencidos de que todos los aspectos de la vida humana se desenvolvían de acuerdo con una serie de principios inmanentes que debían ser respetados porque procedían de la misma naturaleza¹³⁹. Sobre la propia existencia humana existía la creencia generalizada de que cada persona, e incluso cada ciudad, progresaba individualmente a través de las distintas fases evolutivas que componían una especie de “ciclo de la vida”¹⁴⁰. A este respecto, Servio recuerda que Varrón distinguía cinco etapas en la vida de una persona: *Aetates omnes Varro sic dividit: infantiam, pueritiam, adulescentiam, iuventam, senectam*¹⁴¹.

Si bien la consumación de cada uno de estos períodos vitales significaba un paso adelante en el crecimiento personal de cada individuo, ninguno de ellos resultaba tan trascendental como el momento en que se alcanzaba la pubertad. Con ella se ponía fin a la infancia, de manera que la persona dejaba de ser considerada un simple miembro del grupo familiar al que perteneciese, para convertirse también en un nuevo integrante de pleno derecho en la sociedad romana¹⁴².

¹³⁹ Sobre la concepción natural de la vida y el derecho que tenían los antiguos romanos, *vid.* TAFARO, S., *Pubes e viripotens nell’esperienza giuridica romana* (Bari, 1988), pp. 20 ss.; ID., *La pubertà in Roma. Profili giuridici* (Bari, 1991), pp. 7 ss.; ID., «Breves notas sobre los infantes en el Derecho Romano», en *Revista de Derecho Privado*, 14 (2008), pp. 6 ss., donde destaca que “para los romanos el derecho era un atributo de los hombres y de su historia, que debía ser respetuoso de la naturaleza y en consecuencia, de las leyes universales del cosmos. Por esto, en el centro del derecho romano se encontraba “el hombre histórico”, con sus vicisitudes y su sosiego, siempre colocado dentro de organismos más amplios y solidarios, entre los cuales estaban, sobre todo, la familia y la ciudad”.

¹⁴⁰ Un análisis de algunas de las fases de este ciclo vital se puede encontrar en PUGLIESE, G., «Il ciclo della vita intellettuale nell’esperienza giuridica romana», en *Atti dei Convegni Lincei*, 61 (1984), pp. 55 ss.; TAFARO, S., *Pubes e viripotens*, cit., pp. 19 ss.

¹⁴¹ Serv., *ad Aen.* 5, v. 295.

¹⁴² Esta transformación que transcurría desde la etapa de la niñez a la vida adulta se representaba a través de una ceremonia que consistía en el abandono de la toga *praetexta*, bordada en color púrpura, para tomar la toga viril, de color blanco, que vestían los ciudadanos libres. Este ritual se dividía en dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas se desarrollaba en el ámbito estrictamente familiar, concretamente ante los lares del hogar, donde el menor se enfundaba por primera vez la toga *virilis*, blanca y sin adornos, y renunciaba a los *insignia pueritiae*, es decir, a todos aquellos objetos asociados a su infancia como la *bullae* o la toga *praetexta* que había vestido durante toda su niñez. A continuación comenzaba la segunda parte de la ceremonia, que consistía en un recorrido que el joven debía realizar a pie, acompañado por un nutrido cortejo de familiares y conocidos, hasta el foro de la ciudad. Una vez alcanzado su destino, en el Capitolio debía inscribirse en el *tabularium* como ciudadano romano para que se asignase oficialmente el *tria nomina* (*praenomen*, *nomen* y *cognomen*). De esta forma se representaba físicamente la iniciación del menor en los asuntos trascendentales de la *civitas*. Sobre esta ceremonia, con abundante bibliografía al respecto, *vid.* FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio* (Roma, 2005). pp. 413 ss.

La consideración de la pubertad como el momento en que se accedía a la vida adulta implicaba adquirir nuevos derechos y libertades¹⁴³. Siempre que no existieran otros motivos que justificasen su limitación o exclusión, alcanzar la condición de ciudadano púber llevaba aparejado el reconocimiento de una plena capacidad de obrar¹⁴⁴. A partir de ese momento se consideraba que ese individuo estaba capacitado para intervenir por sí mismo en el ámbito jurídico y negocial.

La pubertad determinaba, por tanto, la frontera entre la infancia y la madurez¹⁴⁵. Sin embargo, se trataba de un paso evolutivo que originariamente no aparecía asociado al desarrollo psicointelectivo de las personas, sino que se establecía en función de la capacidad de contribuir al crecimiento de la sociedad¹⁴⁶, aunque especialmente aparece siempre asociado con la capacidad para procrear. Esta concepción parece desprenderse de las palabras del gramático Festo sobre los púberes:

Fest., s.v. *Pubes*, (L. 296.18): *Pubes et qui pubem generare potest. Is incipit esse a quattuordecim annis: femina a duodecim viri potens, sive patiens, ut quidam putant.*

De acuerdo con el testimonio de Festo, parece que desde la época antigua se habrían fijado edades concretas para determinar el momento en que se alcanzaba esa funcionalidad reproductiva. Sin embargo, es posible que la utilización de estos criterios objetivos se hubiera utilizado únicamente a partir de la época clásica, mientras que en origen se realizase una *inspectio corporis* para verificar que los menores efectivamente habían alcanzado ese grado de desarrollo físico¹⁴⁷.

¹⁴³ A este respecto, Ovidio recuerda que “*Restat ut inveniam quare toga libera detur Lucifero pueris, candide Bacche, tuo: sive quod ipse puer semper iuvenisque videris, et media est aetas inter utrumque tibi; seu quia tu pater es, patres sua pignora, natos, commendant curae numinibusque tuis: sive, quod es Liber, vestis quoque libera per te sumitur et vitae liberioris iter*” (Ovid., *Fasti* 3.771-778).

¹⁴⁴ ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 431.

¹⁴⁵ Sin embargo, durante la época clásica los juristas diferenciaban claramente la pubertad de la *pueritia*, que solo se alcanzaba cuando se cumplían los 17 años de edad (Ulpiano, *5 de omn. trib.*, D. 2.15.8.10; Ulpiano, *6 ad Ed.*, D. 3.1.1.3; Seneca, *cons. ad Marc.* 21.7).

¹⁴⁶ En este mismo sentido, TAFARO, S., *Breves notas*, cit., p. 8, recuerda que esa idea de crecimiento se encuentra presente en las palabras de Isidoro de Sevilla sobre la adolescencia: *Adolescens dictus, eo quod sit ad gignendum adultus, sive a crescere et augeri* (Isid., *Etym.* 11.2.15).

¹⁴⁷ A pesar de que la mayor parte de la doctrina considera que la fijación de los doce años en el caso de las mujeres se remontaba a épocas remotas, *vid.* ALBANESE, B., *Le persone*, cit., pp. 432-433; FAYER, C., *La familia romana. Parte prima* (Roma, 2005), p. 397 nt. 61, otros autores como BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 161; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 156; TAFARO, S., *La pubertà in Roma*, cit., pp. 149 ss., defienden que el criterio de los doce años sólo se establece a partir de la época clásica.

En todo caso, parece claro que con el paso del tiempo se impusieron una serie de criterios más racionales para determinar el acceso a la pubertad. Al respecto, diversas fuentes jurídicas recuerdan que durante la época clásica se produjo cierta controversia en torno a esta cuestión. Mientras que los juristas de la escuela sabiniana abogaban por mantener el criterio tradicional basado en el reconocimiento corporal, los proculianos consideraban preferible que el comienzo de la pubertad coincidiese con el cumplimiento de los catorce años de edad¹⁴⁸.

Gai. 1.196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur: Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIII annos explevit.*

En relación con esta misma disputa doctrinal, en un fragmento de *Tit. Ulp.* se constata la divergencia de opiniones entre ambas escuelas, pero posteriormente añade que un jurista llamado Prisco¹⁴⁹ mantenía que para alcanzar la pubertad se exigía que el menor cumpliera ambos requisitos. Esta misma postura doctrinal aparece recogida en otras fuentes jurídicas¹⁵⁰, lo que nos induce a pensar que pudo aplicarse durante bastante tiempo como criterio de determinación de la pubertad.

Tit. Ulp. 11.28: Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est generare possit: proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum pubere esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum.

¹⁴⁸ Con respecto a la fijación de estas edades, TAFARO, S., *Breves notas*, cit., p. 7 nt. 10, afirma que “la determinación del 14º año para los hombres y del 12º para las mujeres estuvo sujeta a la concepción reinante sobre el valor de los números. Los antiguos (y los romanos entre ellos) consideraban que los números eran expresión de leyes cósmicas y constituían una realidad. Todo el universo estaba dividido por números, entre los cuales había algunos particularmente importantes.”

¹⁴⁹ Se discute si se refería al jurista Javoleno Prisco, perteneciente a la escuela casiana, o si se trataba de Neracio Prisco, jurista de la escuela proculiana, pues ambos fueron coetáneos. Sobre esta controversia, resulta de utilidad la lectura de SCHWARZ, A. B., «Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen», en *ZSS*, 69 (1952), p. 383.

¹⁵⁰ *Serv., ad Aen. 7.53: Iam matura viro, iam plenis nubilis annis. Non est iteratum, sed secundum ius dictum, in quo et ex annorum ratione et ex habitu corporis aetas comprobatur.*

Finalmente acabó imponiéndose el criterio defendido por la escuela proculiana, pues en la compilación de Justiniano se indica expresamente que la *inspectio corporis* resultaba una práctica indecorosa para los menores y, en consecuencia, se establece que las mujeres alcanzaban la pubertad automáticamente al cumplir los doce años, mientras que los varones lo hacían al cumplir los catorce años.

C.I. 5.60.3: *Imperator Justinianus Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecantes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indignatione corporis inhonesta cessante* (a. 529).

Inst. 1.22 pr.: *Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum essecastitate temporum nostrum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.*

De esta forma, el emperador Justiniano imponía desde el poder una regulación definitiva con respecto al reconocimiento de la pubertad, que en realidad comportaba el reconocimiento de la capacidad de obrar en el plano jurídico.

Hasta ese momento los menores eran considerados incapaces de gestionar sus propios asuntos¹⁵¹. Esta situación no planteaba grandes problemas cuando se trataba de personas *alieni iuris*, pues su correspondiente *pater familias* se hacía cargo de todas las relaciones jurídicas que afectasen a cualquier miembro del grupo familiar. No obstante, la situación se complicaba cuando ese menor devenía *sui iuris* y se convertía en titular de capacidad jurídica. Se trataba de personas capacitadas jurídicamente para ostentar la condición de herederos, pero que al mismo tiempo estaban incapacitadas para realizar una gestión efectiva de las obligaciones que exigía tal posición.

¹⁵¹ Sobre la capacidad de obrar de los impúberes, *vid infra*. capítulo VI apartado 2.2 del presente trabajo, donde se indican cuáles fueron las principales categorizaciones que se plantearon en la historia jurídica romana en torno a los menores sometidos a tutela.

En estas circunstancias resultaba indispensable articular algún tipo de control que impidiera que la falta de capacidad de obrar de los menores pudiera perjudicar al patrimonio familiar que ahora ostentaban como titulares. Por esa razón, los romanos determinaron que estos menores incapaces debían quedar sometidos bajo la autoridad de un *tutor impuberum* que se encargaría de velar por una adecuada administración de sus intereses patrimoniales, lo que en esencia suponía proteger los intereses patrimoniales de todo el grupo familiar al que pertenecía el impúber.

Entre los menores sometidos a tutela, que reciben la denominación de *pupilli*¹⁵², cabe distinguir entre los *infantes*, que carecían de una mínima capacidad comprensiva y eran incapaces de articular un discurso razonable, y los denominados *infantia maiores*, a los que se reconocía la posibilidad de realizar algunos actos jurídicos porque ostentaban una capacidad de razonamiento suficiente como para comprender la trascendencia de los actos jurídicos que podían concluir por sí mismos.

Esta distinción pone de manifiesto que a medida que los impúberes crecían, las funciones de sus tutores se iban restringiendo hasta desaparecer por completo cuando alcanzaban la pubertad¹⁵³. A partir de ese momento, mientras que los varones eran considerados aptos para gestionar sus propios asuntos en el ámbito jurídico y negocial, las mujeres quedaban sometidas bajo el control de un *tutor mulierum*.

¹⁵² El término *pupillus* es el diminutivo del vocablo *pupus*, que es un mimologismo infantil utilizado para referirse a los niños pequeños. En Roma se denomina pupilo al impúber que ya no se encuentra sometido a la patria potestad de su *pater familias*, debido al fallecimiento de éste o por causa de emancipación. Vid. Pomponio, *I.S. enchir.*, D. 50.16.239: “*Pupillus*” est, qui, cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte aut emancipatione.

¹⁵³ Sobre las funciones de los tutores, vid. *infra* capítulo VI apartado 2.

3.3. *VETERES ENIM VOLUERUNT FEMINAS, ETIAMSI PERFECTAE AETATIS SINT, PROPTER ANIMI LEVITATEM IN TUTELA ESSE*

La articulación de la antigua sociedad romana sobre la base de grupos familiares con un marcado carácter patriarcal pone de manifiesto la posición de inferioridad que tradicionalmente han ocupado las mujeres¹⁵⁴. A pesar de que con el paso del tiempo se tienden a atenuar muchas de las originarias restricciones impuestas al género femenino, lo cierto es que la subordinación de la mujer en el plano social y jurídico es una constante durante toda la época antigua.

Esta discriminación se fundamentaba en una pretendida superioridad biológica del género masculino sobre el femenino¹⁵⁵. En contraposición a los valores de fortaleza, constancia, coraje o *dignitas* que confieren a los hombres una posición más adecuada para encargarse de las actividades de mando, las virtudes femeninas que se destacan en época antigua aparecen asociadas con el recogimiento, el pudor, la modestia, la piedad, la reserva, la contención o incluso el silencio¹⁵⁶.

La marcada oposición en la caracterización general entre ambos géneros termina arraigando en la conciencia de los romanos, que conciben al *vir* como el modelo de referencia en un sentido positivo, mientras que la mujer representa su contrapuesto negativo¹⁵⁷. Como consecuencia de estas concepciones tradicionales, resulta natural que los hombres ocupasen las posiciones de poder tanto en la esfera pública como en el ámbito doméstico, mientras que las mujeres aparecieran siempre relegadas, cuando no excluidas, a un segundo plano durante la época antigua.

¹⁵⁴ No obstante, FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone*, cit., pp. 20 ss., afirma que el análisis de las fuentes más antiguas muestra que originariamente la mujer no se encontraba en una posición de inferioridad respecto al hombre. Desde su punto de vista, la superioridad del género masculino se impone a partir de la consolidación de los grupos familiares independientes del clan gentilicio. Como el hombre se encarga, dada su mayor fortaleza física, de proporcionar el sustento de la comunidad doméstica, se generan unas relaciones de dependencia respecto a su actividad. A partir de esa concepción, el autor traza una línea evolutiva que parte de la privatización de la producción, consolidando una idea de propiedad privada que pretende perpetuarse mediante la *hereditas*, lo que requiere la imposición de un sistema monogámico y reprimir la independencia de las mujeres para tener certidumbre sobre la prole.

¹⁵⁵ Según CANTARELLA, E., *L'ambiguo malanno: Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana* (Roma, 1983), pp. 35 ss., se trataría de prejuicios que provenían de la cultura helénica.

¹⁵⁶ A este respecto, RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., «Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma», en *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio* (Almería, 2012), p. 208 (= *SDHI*, 79 (2013), p. 310), destaca que la función de las mujeres en época antigua se concretaba en la famosa máxima patriarcal “*domum servavit, lanam fecit*”.

¹⁵⁷ QUADRATO, R., «*Infirmitas sexus e levitas animi*: il sesso “debole” nel linguaggio del giuristi romani», en *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano* (Milán, 2001), pp. 162 ss.

La consolidación de esta concepción se plasma en un ordenamiento jurídico destinado a mantener a las mujeres alejadas de las decisiones más relevantes en la esfera de los asuntos públicos¹⁵⁸. De esta forma, se establece la prohibición de que puedan acceder a los denominados “*officia civilia vel publica*”¹⁵⁹, lo que se traduce no solo en una exclusión de las mujeres de las estructuras del poder político, sino también en la imposibilidad de asumir la titularidad de los poderes familiares.

Al igual que sucedía en la esfera pública, los antiguos grupos familiares están mediatizados por la autoridad masculina. Las mujeres presentan un papel secundario, normalmente sometidas a la potestad de su *pater familias* o a la *manus* de su marido, de manera que su posición se equipara a la de los *fili familias*¹⁶⁰. En el supuesto de que se tratase de una mujer *sui iuris*, que no estuviera subordinada a ninguna autoridad, se consideraba que ella era *caput et finis* de su propia *familia*¹⁶¹. De esta manera, tenía vetado el ejercicio de la patria potestad¹⁶² y el desempeño de funciones consideradas típicamente viriles como eran los cargos de tutor o curador¹⁶³.

Sin embargo, cuando las mujeres alcanzaban la condición de personas *sui iuris* podían convertirse en titulares de cierta porción del patrimonio familiar. No obstante, se encontraban con el mismo problema que hemos señalado en el caso de los impúberes: mientras que jurídicamente se les reconocía capacidad jurídica para ser titulares de esos bienes¹⁶⁴, al mismo tiempo eran consideradas personas incapaces para llevar a cabo una adecuada gestión de sus propios asuntos patrimoniales.

¹⁵⁸ Papiniano, 31 *quaest.*, D. 1.5.9: *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*

¹⁵⁹ Ulpiano, 1 *ad Sab.*, D. 50.17. 2 pr.: *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

¹⁶⁰ Gai. 2.159: *Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est. Cfr. Gai. 2.139; 3.14.*

¹⁶¹ Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.5: *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.*

¹⁶² Gai. 1.104: *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.*

¹⁶³ Gayo destacaba que la tutela era un oficio viril (Gayo, 12 *ad Ed. prov.*, D. 26.1.16 pr.), lo que explica que estuviera excluido a las mujeres como indicaba Neracio (Neracio, 3 *reg.*, D. 26.1.18).

Sobre el papel de la madre con respecto a los bienes del menor impúber incapacitado, *vid.* MASIELLO, T., *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi* (Nápoles, 1979).

¹⁶⁴ ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 354 nt. 26, señala que como indicio de esa capacidad jurídica se suele hacer referencia a la antigua fórmula “*res tuas tibi habeto*”, utilizada para formalizar los supuestos de repudio (Gayo, 11 *ad Ed. prov.*, D. 24.2.2.1) y, que de acuerdo con el testimonio de Cic., *Phil.* 2.28.69, se encontraba ya recogida en la ley de las XII Tablas.

Ante los riesgos que implicaba dejar en manos de una mujer los bienes que componían el patrimonio familiar, que en esencia representaban la continuidad familiar, los romanos tuvieron que idear nuevos mecanismos de control. En consonancia con la tutela impuesta a los impúberes, se diseñó la denominada *tutela mulierum*. Se trataba de un instrumento jurídico encaminado a proteger la continuidad de la familia en el tiempo y, de forma especial, las expectativas hereditarias de los familiares de la mujer que ostentaba la titularidad del patrimonio familiar¹⁶⁵.

Ante la “debilidad de juicio” que se presuponía a las mujeres, se consideraba más conveniente que esos bienes quedaran bajo la administración de un varón que ocupaba el cargo de *tutor mulierum*. De esta forma, las mujeres estaban necesariamente sujetas al poder de algún hombre durante toda su vida: en el caso de que no estuvieran sometidas bajo la autoridad de su *pater familias* o bajo la *manus* de su marido, estaban obligadas a someterse a una tutela de carácter perpetuo¹⁶⁶.

Únicamente las vestales estaban exentas de someterse a la *tutela mulierum*¹⁶⁷ desde tiempos remotos. Mientras que Plutarco remontaba el origen de esta excepción a los tiempos de Numa Pompilio¹⁶⁸, las instituciones de Gayo aluden genéricamente a una creación de los *veteres*¹⁶⁹. En todo caso, parece que el fundamento de tal excepción encontraba su fundamento en que al asumir el oficio sacerdotal, las vestales devenían *sui iuris*, pero quedaban bajo la autoridad del Máximo pontífice. En consecuencia, no cabía imponer ninguna otra potestad sobre ellas.

¹⁶⁵ ZANNINI, P., *Studi sulla tutela mulierum* II, cit., pp. 1-4.

¹⁶⁶ CANTARELLA, E., *Passato prossimo*, cit., p. 77.

¹⁶⁷ En relación con la exención de tutela para las vestales, vid. GIANELLI, G., *Il sacerdozio delle Vestali romane* (Florenia, 1913); SOLAZZI, S., «La liberazione delle Vestali dalla tutela in Gai 1.145», en *SDHI*, 9 (1943), pp. 113 ss. (= *Scritti di diritto romano*, 6 (Nápoles, 1972), pp. 557 ss.; GUIZZI, F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano* (Nápoles, 1968), pp. 7 ss.; KASER, M., Recensión de F. GUIZZI, «Aspetti giuridici del sacerdozio romano», en *ZSS*, 86 (1969), p. 502; BISCARDI, A., «Postille gaiane. 3. Gaio e i “veteres”», en *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico* (Nápoles, 1966), p. 20; CASADO CANDELAS, M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., pp. 128 ss.; ZANNINI, P., *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, (Turín, 1976), pp. 19 ss.; SACCHI O., «Il privilegio dell’esonazione dalla tutela per le vestali (Gai. 1.145). Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale», en *RIDA*, 50 (2003), pp. 317 ss.; MEDICI, C., *Ricerche sulla tutela mulierum*, cit., pp. 89 ss.

¹⁶⁸ Plutar., *Vidas paralelas*, Numa Pompilio 10.5: Τιμᾶς δὲ μεγάλας ἀπέδωκεν αὐταῖς, ὧν ἐστὶ καὶ τό διαθέσθαι ζωντος ἐξεῖναι πατρός καὶ ταλὰ πράττειν ἀνευ προστάτου διαγούσας, ὥσπερ αἱ τριπαιδές. Cfr. Gell., *Noct. Att.*, 1.12.10.

¹⁶⁹ Gai. 1.145: *Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: Itaque etiam lege XII tabularum cautum est.*

Muy posteriormente la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *lex Papia Poppaea* extendieron el *ius liberorum* a las mujeres que gozasen del llamado privilegio de la prole, es decir, a todas aquellas ingenuas que tenían al menos tres hijos o a las libertas que eran madres de al menos cuatro hijos¹⁷⁰. Sin embargo, durante la época antigua todas las mujeres *sui iuris* que no desempeñaban el oficio sacerdotal de las vestales estaban sometidas a la institución tutelar. Si se trataba de mujeres impúberes a la *tutela impuberum*, y si habían alcanzado la pubertad a la *tutela mulierum*.

Este riguroso control sobre las actividades de las mujeres se mantuvo vigente hasta la época clásica, a pesar de que durante el período republicano la mujer alcanza notables cotas de libertad e independencia¹⁷¹. Este nuevo paradigma suponía una ruptura con las viejas tradiciones en que se fundamentaba la *tutela mulierum*, por lo que muchos autores de época clásica se ven obligados a reproducir los antiguos prejuicios romanos contra la mujer para justificar el mantenimiento de esta institución.

La expresión más utilizada para destacar la pretendida ineptitud de las mujeres era *infirmitas*¹⁷², que literalmente significaba ausencia de *firmitas*, es decir, aludía a la carencia de fortaleza en las mujeres con respecto a los hombres¹⁷³. Los juristas romanos empleaban este término para expresar un defecto físico, que podía hacer referencia al estado de salud¹⁷⁴ o a la edad de la mujer¹⁷⁵. Con ello se pretendía acentuar la tendencia de la mujer a dejarse arrastrar por sus pasiones¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Vid. Gai. 1.194; 3.44; Tit. Ulp. 29.3.

¹⁷¹ BRAVO BOSCH, M. J., «*Levitas animi*», en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 14 (2017), p. 1013, destaca que los avances en la emancipación de la mujer estuvieron impulsados, en buena medida, por el hecho de que muchos hombres perecieron en los numerosos conflictos bélicos en los que se encontraba inmersa Roma durante el período republicano. En consecuencia, las mujeres alcanzaron mayor libertad e independencia al tener que hacerse cargo de funciones tradicionalmente varoniles.

¹⁷² El término *infirmitas* aparece en construcciones lingüísticas como *infirmitas consilii* (Cic. *Pro Murena* 12.27); *infirmitas mulieris animi* (Seneca, *Marc.* 1.1); *propter sexus infirmitatem* (Paulo, *l.S. de iuris et facti ign.*, D. 22.6.9 pr.; Nerva, *1 membr.*, D. 27.10.9; Marciano, *l.S. ad sc turpill.*, D. 48.16.1.10; *l.S. de delator.*, D. 49.14.18 pr.; Tit. Ulp. 11.1); *infirmitas feminarum* (Ulpiano, 29 *ad Ed.*, D. 16.1.2.3); *infirmitas mulierum* (C.I. 4.29.5 (a. 224); *Cod. Theod.* 12.1.137.1 = C.I. 10.32.44 (a. 393); *sexus femineae infirmitatis* (C.I. 5.35.1 (a. 224)); *infirmitas sexus* (*Cod. Theod.* 9.14.3.2 = C.I. 9.8.5.3 (a. 397))).

¹⁷³ En este sentido, QUADRATO, R., *Infirmitas sexus*, cit., pp. 157 ss., recuerda que en griego se utilizaba un término equivalente, *asthénéia*, para hacer referencia a la debilidad femenina o a la fragilidad que las mujeres tenían por la propia naturaleza de su condición física.

¹⁷⁴ Paulo, 7 *ad Sab.*, D. 39.6.3; Modestino, *1 diff.*, D. 48.19.22; Arcadio, *l.S. de mun. civil.*, D. 50.4.18.11.

¹⁷⁵ Paulo, 3 *reg.*, D. 30.122 pr.; Paulo, *l.S. de iure patronatus*, D. 38.1.17; Ulpiano, 2 *inst.*, D. 39.6.5.

¹⁷⁶ RIZELLI, G., *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali* (Lecce, 2000), p. 35.

Con un significado muy parecido, otras fuentes emplean la expresión *imbecillitas*¹⁷⁷ en relación con la ausencia de firmeza en las mujeres¹⁷⁸. A este respecto, resulta especialmente ilustrativo un fragmento de Ulpiano en el que se empleaba la expresión “*imbecillitas sexus*” para justificar las protecciones jurídicas establecidas en virtud del senadoconsulto Veleyano en relación con las mujeres que tomaban dinero en préstamo en favor de terceras personas.

Ulpiano, 29 *ad Ed.*, D. 16.1.2.2: *Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem multis huiusmodi casibus suppositis atque obiectis.*

El jurista fundamenta la existencia de esas limitaciones precisamente en esa pretendida debilidad de las mujeres, como queriendo dar a entender que se trataba de mecanismos jurídicos que protegían a las mujeres de sus propios defectos. Esta visión pone de manifiesto que la condición de las mujeres se percibía como una patología en sí misma, lo que explica que recibieran un tratamiento similar a los impúberes, pródigos, locos u otras personas consideradas incapaces.

En esta misma línea de pensamiento las fuentes utilizan otros términos¹⁷⁹ como “*impatientia*”¹⁸⁰, “*impotentia*”¹⁸¹ o “*levitas animi*”¹⁸² para destacar la incapacidad de las mujeres a la hora de contener sus impulsos naturales. En todos estos casos, se trata de calificativos que reforzaban la posición de inferioridad de las mujeres con respecto al

¹⁷⁷ Al igual que sucedía con el término *infirmas*, el vocablo *imbecillitas* aparece referido a las mujeres tanto por separado (Cic., *pro Flacc.* 92; Seneca, cont. 1.6.5) como en construcciones lingüísticas como *imbecilli consilii* (Cic., *pro Flacc.* 72); *imbecillitas mentis* (Val. Max. 9.1.3); *imbecillitas sexus* (Tacit., ann. 3.33.3; Ulpiano, 29 *ad Ed.*, D. 16.1.2.2).

¹⁷⁸ BERRINO, N. F., *Mulier potens: realtà femminili nel mondo antico* (Lecce, 2006), p. 76 recuerda que etimológicamente el término *imbecillitas* procede de la construcción entre el prefijo privativo “*in-*” y el sustantivo “*bacillum*”, que era el diminutivo de *baculum*. Por eso se utilizaba esta expresión para hacer referencia a quien carecía de un bastón, es decir, a quien no presentaba firmeza (Isid., *Orig.* 10.128: *imbecillitas, quasi sine baculo fragilis et inconstans*).

¹⁷⁹ A pesar de que SOLAZZI, S., «“*Infirmas aetatis*” e “*infirmas sexus*”», en *AG*, 104 (1930), pp. 18 ss. (= *Scritti*, 3, cit. pp. 368 ss.) consideraba que el criterio de la debilidad femenina no habría sido utilizado por los juristas romanos hasta el siglo IV d.C., la mayor parte de la doctrina se inclina en favor de las teorías expuestas por BEAUCAMP, J., «Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III au IV siècle», en *RHD*, 54 (1976), pp. 485 ss., quien mantiene que todas estas expresiones procedían de la época clásica. En este sentido, *vid.* DIXON, S., «“*Infirmas sexus*”: womanly weakness in Roman Law», en *TR*, 52 (1984), pp. 343 ss.

¹⁸⁰ Liv., ann. 34.2.1-2; Tacit., ann. 12.57.1-2; Sueton., *Nero* 28.2.

¹⁸¹ Val. Max. 6.7.1; Tacit., ann. 6.25.2; 12.52.1; Lucan., 8.577-579.

¹⁸² Gai. 1.144; 1.190; *Cod. Theod.* 9.24.1 pr.; Isid., *Etym.* 9.3.70.

virtuosismo de los hombres, pues posibilitaron que arraigasen en el lenguaje cotidiano prejuicios que se mantendrán hasta épocas muy avanzadas¹⁸³.

Sin embargo, a pesar de que la mayor parte de las fuentes atribuyen el origen de estos términos a los *maiores*¹⁸⁴, no está claro que fuese así. Por el contrario, parece que buena parte de estas expresiones procederían del pensamiento filosófico griego¹⁸⁵, de forma que se habrían extendido por territorio romano en época clásica. La introducción de esta terminología respondería a las incertidumbres que habrían surgido sobre la razón que motivaba la tradicional subordinación de las mujeres. Ante la imposibilidad de explicar las razones históricas que justificaban el mantenimiento de instituciones como la *tutela mulierum*, los juristas clásicos habrían elaborado toda un conjunto de términos que encajasen con los tradicionales prejuicios contra las mujeres¹⁸⁶.

Incluso en las instituciones de Gayo todavía parece utilizarse esa explicación para justificar la existencia de esta institución jurídica.

Gai. 1.144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: Masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

En este fragmento, el jurista explicaba que se admitía que todos los ciudadanos romanos pudieran nombrar tutores a través de la vía testamentaria para los familiares que se encontrasen sometidos bajo su potestad, concretando que podía aplicarse sobre los impúberes de sexo masculino o sobre las mujeres adultas. A este respecto, apostilla que los *veteres* tomaron esta decisión debido a la *levitas animi* de las mujeres¹⁸⁷.

¹⁸³ CRITINI, N., *Imbecillus sexus. Le donne nell'Italia antica* (Brescia, 1999), pp. 27 ss.

¹⁸⁴ Cfr. Liv. 34.2.11; Cic., *pro Murena* 12.27.

¹⁸⁵ Entre los autores que parecen inclinarse en favor de la procedencia griega de la mayor parte de estos términos se encuentran GUIZZI, F., *Aspetti giuridici*, cit., p. 28; PUGLIESE, G., *Istituzione*, cit., p. 416; QUADRATO, R., *Infirmas sexus*, cit., p. 158; FAYER, C., *La familia romana*, vol. I, cit., p. 525; RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Hilvanando "atributos" femeninos*, cit., pp. 213 ss.

¹⁸⁶ ZANNINI, P., *Studi*, vol. I, cit., pp. 60 ss.

¹⁸⁷ En contraposición a la teoría expuesta por QUADRATO, R., *Infirmas sexus*, cit., p. 186, en torno a la posible utilización del término *levitas animi* por parte de Gayo como una crítica respecto a los prejuicios tradicionales contra la mujer, ALBANESE, B., «*Animi levitas* femminile in Gai 1.144 e 190», en *AUPA*, 48 (2003), pp. 11-12, señala que para Gayo el término *levitas animi* presentaba el mismo significado que *inconstantia* (Gayo, *1 ad Ed. aed. curul.*, D. 21.1.18 pr.), de manera que solo utiliza una terminología distinta para confirmar la vigencia de los prejuicios tradicionales.

Sin embargo, cabe recalcar que a continuación el propio Gayo expresa el sentir de su tiempo cuando afirma que en su época no había razón que justificase que las mujeres púberes se encontrasen todavía sometidas a tutela, debido a que en la práctica todas ellas realizaban los negocios por sí mismas. Además añade que en muchos casos el tutor interponía su *auctoritas* como una mera formalidad y que con frecuencia debía autorizar actos jurídicos por imposición del pretor.

Gai. 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*¹⁸⁸.

Con este testimonio, el jurista reconoce que la razón aducida tradicionalmente para justificar el sometimiento de la mujer a la *tutela mulierum* respondía a una razón más aparente que verdadera¹⁸⁹. De hecho, mientras que Gayo justificaba la *naturalis ratio* de la *tutela impuberum*¹⁹⁰, afirmaba taxativamente que *nulla pretiosa ratio* justificaba la *tutela mulierum*. No cabe duda de que este testimonio habría constituido una llamada a superar definitivamente los prejuicios argumentales que desde la época antigua habrían permitido el mantenimiento de la *tutela mulierum*, pero sin embargo, tampoco deja de reconocer cierta inferioridad del género femenino¹⁹¹.

¹⁸⁸ Aunque SOLAZZI, S., *Infirmas aetatis*, cit., pp. 29 ss. ha señalado que este fragmento podría haber sido interpolado, su sospecha ha sido rechazada por la doctrina. Vid. ZANNINI, P., *Studi*, vol. I, cit., pp. 39 ss.; TALAMANCA, M., «Per la storia della giurisprudenza romana», en *BIDR*, 80 (1977), p. 294.

¹⁸⁹ BRAVO BOSCH, M. J., «*Levitas animi*», cit., p. 1024.

¹⁹⁰ Vid. *supra* Gai. 1.189.

¹⁹¹ Si bien es cierto que las palabras de Gayo no pueden sino entenderse como una crítica con respecto a la argumentación que tradicionalmente se utilizaba para justificar la posición de inferioridad jurídica a la que se encontraban sometidas las mujeres, no parece que pueda aceptarse la benévola interpretación de QUADRATO, R., *Infirmas sexus*, cit., pp. 183 ss. que defiende que la utilización del término *levitas* es una justificación débil y sin ánimo discriminatorio, que se contrapone especialmente a la naturaleza peyorativa de la expresión *infirmas*. Desde su punto de vista, esta nueva calificación introduce un nuevo rumbo en la concepción tradicional de la mujer. No obstante, ALBANESE, B., *Animi levitas femmine in Gai 1.144 e 190*, cit., p. 2, ha rechazado que la palabra *levitas* pudiera haber sido introducida en este contexto por Gayo, pues no solo se empleaba con anterioridad en las fuentes, sino que además siempre aparece utilizada con unas connotaciones marcadamente negativas. En este sentido, el mismo autor ha destacado que de ser cierto que Gayo hubiera defendido la igualdad en el plano jurídico para las mujeres habría mencionado que una *lex Claudia*, a la que él mismo se refiere en sus instituciones (Gai. 1.157) había suprimido la tutela legítima de las mujeres.

En realidad, estos fragmentos deben encuadrarse en un contexto de superación de la *tutela mulierum*. Su decadencia se produce en paralelo con el desarrollo de una sociedad cada vez más individualista, que conlleva el paulatino declive de los grupos familiares basados en el parentesco agnaticio y la consolidación de la independencia de las mujeres en el ámbito jurídico y negocial. Consecuentemente, la *tutela mulierum* denota cierto agotamiento desde finales del período republicano.

Muestras de esa decadencia se perciben en el reconocimiento de la posibilidad de que las mujeres pudieran escoger a sus propios tutores a través de los mecanismos jurídicos de la *tutoris optio*¹⁹² y la *coemptio fiduciaria tutelae evitandae causa*¹⁹³. Gracias a estas elaboraciones jurisprudenciales, las mujeres obtuvieron una mayor libertad de actuación, hasta el punto de que Cicerón critica que desde entonces eran los tutores los que se encontraban sujetos a la voluntad de las mujeres¹⁹⁴.

Reflejos de esa misma decadencia de la *tutela mulierum* se observan también en la promulgación de diversas leyes durante la época clásica. Por un lado, la *lex Iulia et Papia Poppaea* reconocía el *ius liberorum*¹⁹⁵, que exoneraba del control tutelar a las madres de tres hijos. Posteriormente, la *lex Claudia*, aprobada en la primera mitad del siglo I a.C., supuso la abolición de la tutela legítima sobre las mujeres *sui iuris*, salvo en el caso de las libertas, que seguían bajo la tutela de sus patronos¹⁹⁶.

¹⁹² Gai. 1.148-153.

¹⁹³ Se trataba, como hemos visto anteriormente, de un instrumento jurídico que se asemeja en las formas a la emancipación, pues como recuerda SCHERILLO G., s.v. *Coemptio*, en *NNDI*, 3 (1959), p. 417, posiblemente fuera utilizado como modelo por la jurisprudencia republicana. *Cfr.* Gai. 1.115.

¹⁹⁴ La crítica de Cicerón a esta innovación jurisprudencial debe encuadrarse en el marco de su invectiva contra Servio Sulpicio Rufo, donde pretende destacar la ineficiente labor social que desempeñaban los jurisconsultos en contraposición a los oradores o militares. *Vid.* Cic., *pro Murena* 12.27: *Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, maiores in tutorum potestate esse voluerunt: Hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.*

¹⁹⁵ Como recuerda MEDICI, C., *Ricerche sulla tutela mulierum*, cit., pp. 263-264, se trata de una *lex* promulgada a comienzos del Principado como resultado de la fusión entre la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. con la *lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d. C., con la finalidad de fomentar la natalidad. Entre los privilegios que se otorgaban a los padres se contaba la exención de someterse al control tutelar para aquellas mujeres ingenuas que hubieran tenido tres hijos, aunque se exigían cuatro hijos si se trataba de libertas. *Cfr.* Gai. 1.145; 1.194; 3.44; *Tit. Ulp.* 26.8; 29.3.

¹⁹⁶ Como recuerda MELILLO, G., *Personae e status in Roma antica* (Nápoles, 2006), p. 108 (= «*La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio*», en *SDHI*, 68 (2002), pp. 55 ss.), esta medida debió suponer una importante transformación social, pues desde finales de la época antigua ya se había generalizado el matrimonio *sine manus*, lo que implicaba que muchas mujeres ostentaban la categoría de *sui iuris* y, por tanto, se encontraban sometidas a la tutela legítima. *Cfr.* Gai. 1.157.

Aunque la *tutela mulierum* todavía aparece mencionada en dos constituciones de la época de Diocleciano¹⁹⁷, la mayor parte de la doctrina considera que la concesión del *ius liberorum* a todas las mujeres del Imperio por parte de los emperadores Honorio y Teodosio en el año 410 d.C. supuso el final de la institución¹⁹⁸. A partir de ese momento tan solo se conservan referencias a la *tutela impuberum*, que desde mucho tiempo atrás había venido sufriendo un notable proceso de transformación hasta llegar a convertirse en una institución de carácter asistencial.

¹⁹⁷ *Frag. Vat.* 325 y 326 (cfr. C.I. 3.6.2 (a. 294)).

¹⁹⁸ *Cod. Theod.* 8.17.3; C.I. 8.58(59).1 (a. 410): *Imperatores Honorius et Theodosius AA. Isidoro p.u. Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus* (a. 410). No obstante, FAYER, C., *La familia romana I*, cit., p. 536 destaca que algunos autores mantienen que la tutela de las mujeres podría haberse extinguido con la promulgación de una constitución emanada por los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio en el año 390 (C.I. 5.35.2 (a. 390)), en virtud de la cual se permitió que la propia madre gestionase la tutela de sus hijos. En este sentido, GAUDEMET, J., «Le statut de la femme dans l'Empire romain», en *Recueils de la Société Jean Bodin. La femme*, 11 (1959), p. 197, considera que la constitución imperial del año 410 d.C. no habría supuesto la generalización del *ius liberorum*, sino que lo habría eliminado definitivamente porque resultaba innecesario.

4. LA NATURALEZA ORIGINARIA DE LA TUTELA

4.1. SERVIO Sulpicio Rufo: UNA DEFINICIÓN CLÁSICA DE TUTELA

Como hemos destacado en el apartado anterior, la aparición histórica de la tutela está íntimamente ligada a la consolidación de los grupos familiares. En contraposición al sistema de propiedad colectiva que originariamente regía las relaciones jurídicas entre los distintos miembros de las *gentes* romanas, la privatización del patrimonio doméstico implica un gran riesgo para la continuidad familiar cuando recae en manos de personas consideradas incapaces para realizar una gestión adecuada.

La necesidad de establecer algún mecanismo de control interno que solucionase este problema debió promoverse desde el primer momento. En este sentido, sabemos que la acepción personal del término *familia* se encuentra completamente consolidada en época decenviral¹⁹⁹, por lo que no resulta sorprendente que diversas fuentes de época clásica remontasen el origen de la tutela a la ley de las XII Tablas²⁰⁰. Sin embargo, no existe constancia de que la ley decenviral contuviera una disposición que recogiese de manera expresa una regulación sobre la institución tutelar²⁰¹.

En realidad, la carencia de fuentes tan solo permite vislumbrar que durante la época postdecenviral ya existía una concepción unitaria de la tutela²⁰², aunque con casi toda probabilidad no recibía esa denominación²⁰³, y que se consideraba una institución propia de los ciudadanos romanos. Este último rasgo parece confirmarse gracias a la famosa definición sobre la tutela que aparece atribuida al jurista Servio Sulpicio Rufo en los comentarios al edicto de Paulo.

¹⁹⁹ Vid. *supra* capítulo IV apartado 1.3.

²⁰⁰ Existen diversas fuentes que parecen remontar a la ley decenviral tanto el origen de la tutela legítima, vid. *Rhet. ad Her.* 1.13.23; Gai. 1.155; Paulo, *12 ad Ed.*, D. 4.5.7 pr.; Ulpiano, *14 ad Sab.*, D. 26.4.1 pr.; Paulo, *38 ad Ed.*, D. 26.4.6; C.I. 5.30.1 (a. 290); C.I. 5.30.2 (a. 293); Inst. 1.15 pr.; *Tit. Ulp.* 11.3; *Coll.* 16.4.1.2, como de la tutela testamentaria, vid. Cic., *de inv.* 2.50.148; *Rhet. ad Her.* 1.13.23; Gai. 2.224; *Tit. Ulp.* 11.14; Gayo, *12 ad Ed. prov.*, D. 26.2.1 pr.; Paulo, *38 ad Ed.*, D. 26.2.20.1; Paulo, *59 ad Ed.*, D. 50.16.53 pr.; Pomponio, *5 ad Q. Muc.*, D. 50.16.120; Nov. 22.2.

²⁰¹ No obstante, SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., p. 126, afirma que los fragmentos contenidos en Gai. 1.155 y *Tit. Ulp.* 11.3 ponen de manifiesto la existencia de una disposición decenviral sobre la tutela, que de acuerdo con la reconstrucción del autor estaría recogida en los siguientes términos: *Si intestato moritur parens impuberis vel feminae, adgnatum gentiliumque in eo eave tutela esto*.

²⁰² ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 437 nt. 27, señala que la consideración unitaria de la institución tutelar se desprende de las diferentes clasificaciones sobre los *genera tutelarum* que se postulan durante el período republicano, *cfr.* Gai. 1.188.

²⁰³ Vid. *infra* sobre la etimología del término *tutela* en el capítulo IV apartado 4.4.

Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.1.1 pr.: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

Ahora bien, esta famosa definición no se limitaba a afirmar que la tutela fuera una institución *ex iure Quiritium*, sino que destacaba sus principales características: también se refería a su naturaleza, a las personas que se encontraban sometidas bajo la autoridad del tutor y los motivos que justificaban ese control. Se trata de aspectos a los que ya nos hemos referido anteriormente de forma más o menos indirecta, pero que merecen ser analizados por separado con mayor detenimiento para comprender la profundidad del testimonio aportado por Servio.

4.2. VIS AC POTESTAS

Además de la definición de tutela extraída de los comentarios al edicto de Paulo que aparece recogida en el Digesto, la propia compilación justiniana contempla otra versión alternativa del testimonio serviano.

Inst. 1.13.1: *Est autem tutela, ut Servius definivit, ius ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

Ambos textos presentan una estructura similar, en la que se reconoce de manera expresa la autoría de Servio Sulpicio Rufo, pero donde también se perciben ciertas diferencias²⁰⁴. Sin duda, la más destacada de todas radica en que mientras el fragmento paulino utilizaba la expresión “*vis ac potestas*”, las Instituciones recoge una definición de la tutela como “*ius ac potestas*”. Esa disonancia entre los términos “*vis*” e “*ius*” ha dado lugar a un intenso debate sobre cuál pudo ser el sintagma original²⁰⁵.

En relación con esta controversia, resulta fundamental destacar la existencia de un fragmento de la denominada Paráfrasis de Teófilo²⁰⁶, donde aparece formulada una versión de la definición serviana en la que se emplea el término griego *δίκαιόν*, que en latín adopta el significado de “*ius*”.

*Teoph. Paraph. 1.13.1: Επίτροπή ἐστὶ, ὡς ὁ Seruius ὀρίζεται, δίκαιόν τι καὶ ἐξονσία κατ’ ἐλενθέρως κεφαλῆς διδομένη καὶ πρὸς ἀσφάλειαν αὐτῆς ἐπινενοημένη ἢ διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς οὐ δυναμένης αὐτῆς ἑαυτῇ προιστάναι ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας ἐπιτετραμμένη*²⁰⁷.

²⁰⁴ Sobre estas diferencias, *vid.* WIEACKER, F., *Textstufen classischer Juristen* (Gotinga, 1960), p. 227.

²⁰⁵ BRIGUGLIO, F., «Servio Sulpicio e la definizione di tutela: *vis ac potestas* o *ius ac potestas*», en *Studi in onore di Antonino metro*, vol. I (2009), pp. 166 ss., señala que a pesar de que los principales autores de las primeras ediciones de las *Institutiones* habían optado por el término “*vis*”, a partir de la edición de Schrader en 1832 se empezó a utilizar con cierta frecuencia el vocablo “*ius*”.

²⁰⁶ A pesar de que tradicionalmente se atribuía esta obra al jurista Teófilo, desde la publicación de la obra de FERRINI, C., «La Parafrasi di Teofilo ed i Commentari di Gaio», en *RIL*, 16 (1883), pp. 565 ss. (= *Opere*, vol. I (Milán, 1929), pp. 15 ss.), se ha puesto en duda su autoría. En este sentido, BRIGUGLIO, F., *Servio Sulpicio e la definizione di tutela*, cit., p. 173 nt. 31, recoge abundante bibliografía sobre los diferentes posicionamientos de la doctrina más reciente sobre esta cuestión.

²⁰⁷ Traducción de FERRINI, C., *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa* (Berlín, 1884; reeimp. Aallen, 1967), pp. 63-64: *Tutela est, ut Seruius definiuit, ius aliquod et potestas in caput liberum data et ad in tuendum excogitata, uel propter aetatis imbecillitatem, quae se defendere nequeat, iure ciuili permissa.*

Esta coincidencia parece confirmar que las Instituciones usaban este término, pues el autor de la Paráfrasis habría realizado sus comentarios respetando el tenor literal de la obra justiniana. Sobre la base de esta concordancia, una parte de la doctrina ha considerado la posibilidad de que Servio Sulpicio Rufo hubiera empleado en la definición original la construcción “*ius ac potestas*”, ya que la concepción de la tutela como un derecho del tutor parece que concordaría con la naturaleza potestativa que presumiblemente presentaba en sus orígenes²⁰⁸.

Sin embargo, esta hipótesis se encuentra con importantes obstáculos en las mismas fuentes que le sirven como fundamento. Inmediatamente después de indicar que la tutela era definida como “*ius ac potestas*”, tanto en las Instituciones de Justiniano²⁰⁹ como en la Paráfrasis de Teófilo²¹⁰ se afirmaba que eran tutores aquellos que “*vim ac potestatem habent*”. La utilización del término “*vis*” en la continuación de ambos textos parece manifestar cierta incoherencia con respecto a la definición precedente en la que, como hemos indicado se empleaba un vocablo equivalente a “*ius*”.

Pero además, cabe destacar que mientras que la construcción “*ius ac potestas*” no aparece reflejada en otras fuentes jurídicas, la utilización reiterada de “*vis ac potestas*” en las instituciones de Gayo pone de manifiesto que se trataba de una expresión utilizada con frecuencia en época clásica²¹¹. Puede que precisamente por este motivo se pueda explicar que mientras la tradición textual del Digesto parece mantener intacta esta construcción lingüística en el tiempo, no parece suceder lo mismo con la expresión recogida en las Instituciones de Justiniano²¹².

²⁰⁸ Esta idea ha sido especialmente defendida por autores como LUCHETTI, G., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* (Milán, 2004), p. 130 o VOCI, P., *Istituzioni*, cit., p. 92 nt. 6, quien sostiene que la noción de “*ius ac potestas*” también aparecía en la *lex ursonensis*. Sin embargo, la rúbrica 19 (línea 12) alude al “*ius potestatemque*” de los ediles municipales, pero en ningún caso se utiliza esa construcción en relación con la tutela (rúbrica 29, líneas 30-45), vid. LAMBERTI, F., *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum* (Nápoles, 1993), p. 63.

²⁰⁹ Inst. 1.13.2: *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur.*

²¹⁰ *Teoph. Paraph.* 1.13.2: *Επιτροποι τοίνυν εἰσὶν οἱ τὴν εἰρημένην δύναμιν τε καὶ ἐξουσίαν ἔχοντες* (Traducción de FERRINI, C., *Institutionum Graeca*, cit., pp. 63-64: *Tutores igitur sunt, qui talem vim ac potestatem habent*).

²¹¹ El jurista utiliza tanto la construcción “*vis et potestas*” (1.122; 4.144; 4.166; 4.170) como la expresión “*vis ac potestas*” (4.10; 4.33). Sobre el significado de estas construcciones en las instituciones de Gayo, vid. MAGDELAIN, A., «*Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulaire*», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 59 (1991), pp. 239 ss.

²¹² BRIGUGLIO, F., *Servio Sulpicio e la definizione di tutela*, cit., p. 171.

Estas constataciones nos llevan a pensar que la definición original de Servio se refería a la tutela como “*vis ac potestas*”²¹³, mientras que la expresión “*ius ac potestas*” habría surgido como resultado de una alteración textual posterior. Ahora bien, no parece que esta modificación pueda achacarse a un propósito innovador o aclaratorio por parte de los compiladores justinianos, pues en ese caso no tendría sentido que hubieran mantenido el término “*vis*” en el siguiente fragmento de las Instituciones. Más bien parece que podría tratarse de un error al transcribir “*ius*” en lugar de “*vis*” achacable bien a los compiladores justinianos o bien, lo que parece más probable, a alguna versión de los comentarios al edicto de Paulo que se habría arrastrado en el tiempo, llevando a reproducir ese error en la obra de Justiniano²¹⁴.

La definición de tutela como “*vis ac potestas*” pone de manifiesto que se trataba de una institución con una doble función teleológica. En efecto, mientras que la palabra *potestas* indicaba una evidente naturaleza potestativa²¹⁵, el término *vis* denota un cierto carácter protectorio²¹⁶. De esta manera, es posible que Servio hubiera querido reflejar que si bien la tutela se consideraba tradicionalmente como una potestad en favor del tutor, también presentaba un cierto sentido asistencial.

Esta doble faceta de la tutela originaria recuerda, en cierto sentido, a la posición que ocupaba el *pater familias* con respecto al resto de miembros de su *familia*, pues conjugaba su posición de máxima autoridad doméstica con la necesidad de asegurar la supervivencia y bienestar del grupo familiar. La tutela se presenta entonces como una *potestas* asimilable, hasta cierto punto, al *dominium* del *pater familias*.

²¹³ La mayor parte de la doctrina se muestra partidaria de la originalidad de esta expresión, destacando a este respecto las obras de MAYER-MALY, T., s.v. «*Vis als juristischer Begriff*», en *PWRE*, IX A-1 (1961), pp. 311 ss.; DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis*, cit., pp. 378 ss.; SANTORO, R., «Potere e azione», cit., pp. 212 ss.; BRIGUGLIO, F., *Servio Sulpicio e la definizione di tutela*, cit., pp. 163 ss., con abundante bibliografía al respecto en p. 167 nt. 12.

²¹⁴ Esta es la conclusión a la que llega BRIGUGLIO, F., *Servio Sulpicio e la definizione di tutela*, cit., p. 177 cuando señala que “Quest’errore probabilmente era già presente nel manoscritto dei libri *ad edictum* di Paolo di cui disponevano i compilatori delle *Institutiones*, ma potrebbe anche essere frutto di una loro disattenzione, oppure ancora della disattenzione di un copista delle *Institutiones*”.

²¹⁵ ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 438, nt. 29, afirma que la naturaleza potestativa de la tutela se percibe también cuando Gai. 1.142 utiliza la expresión “*iure teneri*” para referirse a la persona sometida a la tutela, cuando Cic., *pro Murena* 12.27 utiliza la expresión “*in potestate tutorum*” y sobre todo en Gell., *Noct. Att.* 5.19.10, que alude a la *auctoritas potestaque* de los tutores.

²¹⁶ En este sentido MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 256, destaca que la tutela era una institución con una doble faceta potestativa y asistencial: suponía un poder de mando para el tutor, pero al mismo tiempo este tenía la obligación de brindar cierta asistencia y protección al pupilo.

Por ese motivo, no resulta sorprendente que algunas fuentes clásicas calificasen al tutor como *domini loco* del patrimonio pupilar²¹⁷. En efecto, su condición le confiere ciertas facultades de gestión, que si bien no pueden equipararse a las de un verdadero *dominus*, posibilitan la realización de todos aquellos actos jurídicos necesarios para asegurar el mantenimiento del patrimonio pupilar. De hecho, buena parte de la doctrina considera que originariamente el tutor debía haber sido considerado como una especie de titular fiduciario del patrimonio pupilar²¹⁸.

Sin embargo, las competencias y responsabilidades atribuidas al tutor no parece que permitan deducir una titularidad fiduciaria del patrimonio pupilar²¹⁹, sino que en todo caso podría hablarse de un cierto dominio funcional²²⁰, destinado a conservar o incrementar el patrimonio del impúber. Solo de esta manera se explica que desde el primer momento se impusieran límites a la actuación del tutor²²¹, impidiendo que pudiera disponer de esos bienes patrimoniales en su propio beneficio²²², pero que en cambio, si estuviera facultado para renunciar a administrar la tutela o pudiera transmitir el cargo de tutor a un tercero a través de una *in iure cessio tutelae*²²³.

²¹⁷ Cfr. Paulo, 7 *ad Plaut.*, D. 26.7.27; Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.3; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.7; Juliano, 22 *dig.*, D. 47.2.57.4; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 50.17.157.

²¹⁸ Se trata de una teoría elaborada por ARANGIO-RUIZ, V., «Erede e tutore», en *Raia* (Roma, 1946), pp. 164 ss. (= *Scritti*, 2, cit., pp. 284 ss.), a partir del testimonio de Livio (1.34.12) sobre la designación testamentaria de Tarquinio Prisco como tutor de los hijos de Anco Marcio. De acuerdo con el autor, Tarquinio se habría convertido en el titular fiduciario de los bienes de los hijos del rey, renunciando a devolverlos cuando sus pupilos alcanzaron la pubertad. Con posterioridad muchos autores han apoyado esta concepción del tutor originario como titular fiduciario de los bienes pupilares, *vid.* KASER, M., *Ehe und conventio in manum*, cit., pp. 91 ss.; BURDESE, A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, cit., p. 13; SERRAO, F., *Diritto privato*, cit., p. 308.

²¹⁹ TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 163 crítica que la teoría sobre la posible titularidad fiduciaria del patrimonio pupilar no encuentra reflejo en las fuentes, que únicamente aluden a una administración absoluta del patrimonio pupilar.

²²⁰ A este respecto, PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 115 ss. habla de “proprietà funzionale”.

²²¹ Sobre la originaria responsabilidad de los tutores, *vid. infra* capítulo VI apartado 3.

²²² ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 482 nt. 275, señala que a pesar de que los fragmentos de Paulo, 7 *ad Plaut.*, D. 26.7.27 y Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.3 calificasen al tutor como *domini loco* del patrimonio pupilar, excluyen en todo momento que este pudiera hacer prevalecer sus propios intereses patrimoniales sobre los intereses del pupilo.

²²³ Sobre la naturaleza voluntaria de la tutela, *vid. infra* capítulo VI apartado 1.

4.3. *IN CAPITE LIBERO*

Tras haber comenzado afirmando que la tutela era una “*vis ac potestas*”, Servio prosigue su definición haciendo referencia a los sujetos que se encontraban sometidos bajo esa forma de poder. A este respecto, el jurista señala que la tutela recaía “*in capite libero*”, expresión que suele traducirse como “sobre persona libre”.

El término *caput* presenta muchas acepciones en las fuentes jurídicas antiguas, aunque primordialmente parece haberse empleado para hacer alusión a las personas²²⁴, en realidad aparece asociado más concretamente con la cabeza, en cuanto que esta era la sede del *genius* de las personas²²⁵. Por ese motivo, se habría tratado de un concepto muy utilizado durante la época antigua para expresar la atribución de consecuencias jurídicas a fenómenos relacionados con las personas²²⁶.

A pesar de la evidente semejanza entre ambos términos, no puede sin embargo defenderse una concordancia total entre *caput* y persona²²⁷. En este sentido, no solo el vocablo *caput* responde a una concepción jurídica mucho más arcaica, sino que además atañe al ser humano en cuanto miembro de una colectividad²²⁸. Por ese motivo, en las fuentes aparece habitualmente asociado al *status libertatis* de los romanos, como sucede en la definición de tutela expuesta por Servio.

²²⁴ El término *caput* se utilizaba en sentido personal tanto en relación con personas libres o esclavos, *vid.* Gai. 1.166; 1.168; *Tit. Ulp.* 11.5; Paulo, *11 ad Ed.*, D. 4.5.3.1; Papiniano, *9 Quaest.*, D. 15.1.50.3; Paulo, *7 ad Sab.*, D. 24.1.28.1; Africano, *5 Quaest.*, D. 33.8.16; Juliano, *2 ad Minic.*, D. 41.4.10.

²²⁵ En este sentido, RIBAS ALBA, J. M., *Persona: Desde el Derecho romano a la teología cristiana* (Granada, 2012), p. 50, afirma que “la cabeza, *caput*, considerada como la sede de la vida, de la fuerza vital, de la existencia, por serlo del *anima/genius*, estaba llamada a jugar un papel de referencia –desde los orígenes– a la hora de articular la descripción y atribución de efectos jurídicos. Unas consecuencias que tienen que ver, por lo tanto, con la vida o existencia en el mundo del Derecho”.

²²⁶ Como destaca ALBANESE, B., *Le persone*, cit., pp. 9-11, si bien es cierto que la aplicación más clara se refleja en la expresión *capitis deminutio*, el término *caput* también aparece frecuentemente en las fuentes en relación con el ámbito criminal para referirse a acciones delictuales, la imposición de sanciones o los propios órganos encargados de imponer esas sanciones penales.

²²⁷ D’ORS, A., «*Caput* y persona», en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid, 1980), pp. 377-381, distingue entre una noción de persona vinculada a la idea de máscara, que se derivaría de la palabra griega *prósopon*, y la propia cabeza o *caput* de la persona. De esta manera, mientras que la palabra “persona” haría referencia a las relaciones que mantenía el individuo con el mundo exterior, el término *caput* aludiría a la personalidad interior del sujeto.

²²⁸ El término *caput* se utilizaba para designar a los individuos respecto a un conjunto de personas, como ponen de manifiesto diversas fuentes de época clásica: Gai. 3.8; Paulo, *34 ad Ed.*, D. 14.2.2.2; Calístrato, *2 Quaest.*, D. 21.2.72; Modestino, *10 resp.*, D. 31.34 pr. De esta forma, es probable que como defiende FIORI, R., *Homo sacer. Dinamica politico-constituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Nápoles, 1996), pp. 61 ss., la primera utilización del término en sentido colectivo se manifestase en la publicación de los primeros censos romanos, que fueron elaborados en tiempos remotos.

En este sentido, parece que la utilización de este término en la definición de Servio Sulpicio Rufo no solo indicaba que la tutela recaía sobre una persona libre, sino que parece considerar la propia institución tutelar como un mecanismo de reactivación de la personalidad jurídica del pupilo²²⁹. La concesión de esa “*vis ac potestas*” al tutor propiciaba que la persona sometida a la tutela recuperase, aunque fuese indirectamente, su condición de miembro activo en la sociedad romana.

Ahora bien, la definición de Servio Sulpicio Rufo no se limitaba a afirmar que los sujetos sometidos a tutela tuvieran que ostentar la condición de personas libres, sino que además precisaba que tenía como finalidad principal “*qui propter aetatem sua sponte defendere nequit*”. Esta referencia a la edad concuerda con la existencia de la *tutela impuberum*, pero no deja de resultar sorprendente que el fragmento no hiciera ninguna alusión a la *tutela mulierum*, sobre todo cuando es sabido que ambas formas de tutela seguían plenamente vigentes a finales del período republicano.

El hecho de que la definición que se conserva en la obra de Paulo únicamente aludiese a la *tutela impuberum* solo puede responder a dos motivos: o bien se trataba de un pasaje en el que el jurista hacía referencia exclusivamente a esta forma de tutela²³⁰, o bien se trataba de un fragmento modificado posteriormente para adaptar el contenido jurídico a una época en la que la *tutela mulierum* había desaparecido²³¹.

En favor de la primera hipótesis se tiende a alegar que estas dos formas de tutela presentaban distintas funcionalidades²³². Si bien es cierto que desde finales de la época antigua presentaban una funcionalidad bien diferenciada²³³, lo cierto es que en origen ambas tutelas parten de un mismo presupuesto: la consideración de incapacidad que presentaban tanto los impúberes como las mujeres en época arcaica.

²²⁹ RIBAS ALBA, J. M., *Persona*, cit., pp. 50-51.

²³⁰ DIXON, S., *Infirmas sexus*, cit., pp. 350 ss.

²³¹ No parece verosímil la teoría expuesta por JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 420 nt. 2, quienes consideraban que esta definición excluye cualquier alusión a la *tutela mulierum* porque reflejaba la realidad jurídica de la época de Servio.

²³² Aunque la mayor parte de la doctrina se inclina en favor de la idea de una concepción unitaria de la tutela originaria, ZANNINI, P., *Studi sulla tutela mulierum*, vol. II. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto* (Milán, 1979), pp. 59 ss., ha defendido que mientras que la *tutela mulierum* tenía como finalidad salvaguardar las expectativas hereditarias de los parientes agnados de la mujer sometida a tutela, la *tutela impuberum* habría sido considerada desde sus orígenes un verdadero derecho en favor del tutor. Según sostiene este autor, esa notable distinción en su funcionalidad explicaría que ambas instituciones presentasen en origen una naturaleza completamente diferenciada.

²³³ Vid. *infra* capítulo IV apartado 4.4.

En el momento en que se producía la muerte del *pater familias*, tanto los hijos impúberes como la mujeres púberes sometidas a su autoridad devenían *sui iuris*, pero eran considerados igualmente incapaces de gestionar la porción del patrimonio familiar que les correspondía de acuerdo a su condición de herederos²³⁴. La tutela responde a la misma necesidad de control del patrimonio familiar en ambos casos y, en consecuencia, resulta lógico pensar que la definición original de Servio hubiera contemplado tanto a los impúberes como a las mujeres²³⁵.

Sobre la base de esta hipótesis se ha planteado que el tenor original del texto de Servio podría haber sido el siguiente: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum <emave>, qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

²³⁴ D'ORS, A., *Derecho privado Romano*, cit., p. 377 nt. 1, destaca que a diferencia de lo que sucedía en Roma, en Grecia si se distinguía la *kyreia* de las mujeres y la *epitropeia* de los impúberes.

²³⁵ En favor de esta hipótesis se manifiestan, entre otros muchos, RUDORFF, A. A. F., *Das Recht der Vormundschaft*, vol. I (Berlín, 1832), p. 29; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano*, vol. I (Roma, 1915), p. 20 nt. 1; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 459; BONFANTE, P., *Corso I*, cit., p. 405 nt. 1; BETTI, E., *Istituzioni*, cit., p. 65; SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, cit., p. 164; BIONDI, B., *Aspetti morali della tutela*, cit., pp. 57 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 495 nt. 3; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano* (Milán, 1954), p. 112 nt. 2; VOLTERRA, E., *Corso di Istituzioni di diritto romano* (Roma, 1959), p. 115; WIEACKER, F., *Textstufen*, cit., p. 227; WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman Republic* (Nueva York, 1967), pp. 105 ss.; KASER, M., *Das römische privatrecht*, cit., pp. 86 nt. 11; CASADO CANDELAS, M. J., *La tutela de la mujer*, cit., pp. 19 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pp. 579 ss.

4.4. AD TUENDUM EUM, QUI PROPTER AETATEM SUA SPONTE SE DEFENDERE NEQUIT

Una vez aclarada la naturaleza potestativa y la condición de los sujetos que se encontraban antiguamente sometidos a la tutela, la última parte de la definición alude a la función que desempeñaba esta institución. De acuerdo con el testimonio de Servio, el nombramiento de tutor se realizaba “*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*”, aunque como hemos destacado anteriormente es posible que se incluyera una mención expresa también a las mujeres.

Ahora bien, independientemente de las personas sobre las que recayese la tutela, lo más relevante de la definición de Servio es que presenta una institución de carácter claramente asistencial. De acuerdo con su testimonio, el cometido de la tutela consistía en ofrecer cierta protección a las personas que, dado que se consideraban socialmente incapaces de valerse por sí mismas tanto en el ámbito jurídico como en el negocial, requerían la asistencia de un tutor.

Esta concepción de la tutela concuerda perfectamente con la explicación que se recoge en el siguiente fragmento del Digesto en torno al significado que Paulo atribuye al término tutor. A este respecto, el jurista equiparaba a los tutores, en tanto que eran cuidadores y defensores, con los ediles que cuidaban de los edificios²³⁶.

Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.1.1.1: *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.*

De acuerdo con este testimonio, el principal cometido de los tutores consistía en velar por la protección de sus pupilos, consolidando así una concepción asistencial del cargo tutelar que puede encontrarse en otros juristas clásicos²³⁷. En este sentido, en la época clásica parece haberse conformado una imagen de la figura del tutor como severo preceptor preocupado por el correcto desarrollo de sus pupilos²³⁸.

²³⁶ Entre las funciones encomendadas a los ediles curules destacaba la *cura urbis*, que consistía en realizar tareas de cuidado y vigilancia dentro de la ciudad, mantener el orden en las vías públicas, tomar medidas de prevención contra incendios y supervisar los servicios de mantenimiento de los edificios.

²³⁷ Especialmente ilustrativas resultan las palabras de Marcelo, 21 *dig.*, D. 26.7.30: *Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat*. Aunque el jurista alude a la defensa procesal del pupilo en un procedimiento judicial, BIONDI, B., *Aspetti morali della tutela*, cit., p. 59 (= *Scritti*, 3, cit., pp. 86 ss.), ha señalado que la afirmación puede entenderse con un sentido de protección general.

²³⁸ Cfr. M. Manilio, *Astron.* 5.450; Isid., *Etym.* 10.264.

En relación con esta concepción asistencial de la tutela, Aulo Gelio señala que el término procedía etimológicamente del vocablo “*tuere*”²³⁹, que era un verbo empleado para referirse a la acción de cuidar o proteger. En el mismo sentido, Varrón recuerda que antiguamente el verbo *tueri*²⁴⁰ se utilizaba en dos sentidos: por un lado, recuerda que se empleaba con el sentido de mirar o dirigir la mirada, pero por otra parte también adoptaba el significado de cuidado o protección. Y afirma que precisamente a partir de este último significado se habría originado el término *tutela*.

Varro, 7.12 L.: *Tueri duo significat, unum ab aspectu ut dixi (...). Alterum a curando ac tutela, ut cum dicimus, "vellet tueri villam," a quo etiam quidam dicunt illum qui curat aedes sacras aedituum, non aeditumum.*

El testimonio de Varrón concuerda perfectamente con la definición de la tutela atribuida a Servio, pues si el término procedía de un verbo empleado para expresar una noción de asistencia o cuidado, resulta lógico que esta institución se crease “*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*”. De acuerdo con esta visión, se habría escogido la denominación de *tutela* para designar a una institución que tenía como finalidad la protección o cuidado de personas incapaces.

Sin embargo, esta concepción asistencial no parece concordar con la naturaleza primigenia de la tutela, pues como hemos destacado anteriormente todo apunta a que originariamente el cargo de tutor presentaba un marcado carácter potestativo, de forma que ostentaba la titularidad fiduciaria del patrimonio pupilar y estaba facultado para transmitir ese derecho a terceras personas²⁴¹. Difícilmente puede aceptarse entonces que Servio hubiera definido la tutela como una “*vis ac potestas*” si desde sus orígenes el término presentaba el significado de cuidar, proteger o defender, y su objetivo principal se encaminaba a salvaguardar los intereses del pupilo.

²³⁹ Al analizar la controversia mantenida entre Valgio Rufo y Tulio Tirón en torno al origen y formación del vocablo “*licitor*”, Aulo Gelio se refiere al origen etimológico de la tutela cuando afirma que: *Nam sicut a 'ligando' 'licitor', et a 'legendo' 'lector' et a 'uiendo' 'uitor' et 'tuendo' 'tutor' et 'struendo' 'structor' productis, quae corripiebantur, uocalibus dicta sunt* (Gell., *Noct. Att.* 12.3.4).

²⁴⁰ ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym.*, cit., s.v. *tueri*, p. 706 afirman que mientras la utilización del término *tueri* en el sentido de ver o mirar solo se conserva en fuentes poéticas, resulta mucho más frecuente su empleo en relación con el cuidado o protección en la escritura en prosa. En este sentido, los autores señalan que este posible significado protectivo parece confirmarse a partir de ciertas similitudes lingüísticas con otros vocablos procedentes del grupo indoiranio.

²⁴¹ *Vid. supra* capítulo IV apartado 4.2.

Esta aparente incongruencia solo puede explicarse retomando la información que hemos venido acumulando hasta el momento. En primer lugar, hemos destacado que originariamente la institución tutelar habría surgido como respuesta a la necesidad de solventar el problema de que a la muerte del *pater familias* los bienes de la antigua comunidad doméstica pudieran caer bajo la titularidad de personas que se consideraban incapaces, por razón del género o la edad, para gestionarlo adecuadamente.

Si bien es posible que en un primer momento esta potestad no recibiese ninguna denominación específica²⁴², tenemos constancias de que antes de la publicación de las XII Tablas ya se reconocía bajo la calificación de *tutela*. Ahora bien, sabemos que la acepción originaria del término hacía referencia a la noción de proteger o cuidar. Sin embargo, es posible que el objeto que originariamente precisaba del cuidado o protección de los tutores no fuesen los propios pupilos, sino sus bienes patrimoniales que, en el fondo, constituían una parte del conjunto del patrimonio familiar.

Desde esta perspectiva, la institución tutelar habría surgido como un verdadero mecanismo de control de la continuidad familiar, que se encontraba representada en la necesidad de proteger el patrimonio doméstico. De la debida atención de ese patrimonio dependía la supervivencia del grupo familiar, con lo que si se encontraba en manos de una persona incapaz de gestionarlo podía acarrear graves consecuencias para el resto de los miembros de su *familia* más cercana. Por ese motivo se designa a un tutor, al que se califica como *domini loco* del patrimonio pupilar²⁴³.

Esa funcionalidad explicaría que la tutela originaria tuviese un marcado carácter potestativo, pues desde sus mismos orígenes se habrían establecido amplias facultades de actuación en favor del tutor con la finalidad de que evitara cualquier perjuicio contra el patrimonio pupilar. En realidad, su designación se concebía como una potestad para gestionar adecuadamente un patrimonio que, en el fondo, seguía formando parte de la *familia* agnaticia a la que pertenecía el pupilo. Sólo a medida que la sociedad romana abandona las formas tradicionales de vida y tiende a prevalecer una concepción más individualista del mundo, la tutela se desprende de su originaria naturaleza potestativa para convertirse en una institución de marcado carácter asistencial.

²⁴² BONFANTE, P., *Corso I*, cit., pp. 554 ss., destaca que solo a partir de la publicación de la ley de las XII Tablas se comienza a utilizar la denominación de tutela como institución independiente, pues hasta ese momento la tutela se consideraba parte integrante de la *hereditas*.

²⁴³ *Vid. supra* capítulo IV apartado 4.2.

Aunque es posible que anteriormente el término *tutela* se viniese empleando con un marcado carácter asistencial²⁴⁴, su oficialización en el ámbito jurídico se produce a partir de la *lex Atilia de tutore dando*²⁴⁵. Como es sabido, esta ley reconocía al pretor la facultad de nombrar un tutor para que se encargase de gestionar los asuntos personales de los impúberes *sui iuris* que carecieran tanto de tutor testamentario como de tutor legítimo. A partir de ese momento, se reconoce a la autoridad pública facultad para intervenir sobre el régimen tutelar romano²⁴⁶.

La aparición de esta nueva categoría de tutores, que reciben la denominación de tutores atilianos o dativos²⁴⁷, responde a la necesidad de hacerse cargo de los menores desamparados que abundaban en Roma. De esta manera, se generaliza la concepción de que la designación como tutor es un *munus publicum* en favor del pupilo²⁴⁸, pasando a considerarse la tutela uno de los principales *officia* romanos.

Gell., *Noct. Att.* 5.13.1-2: *Seniorum hominum et Romae nobilium atque in morum disciplinarumque veterum doctrina memoriaque praestantium disceptatio quaedam fuit praesente et audiente me de gradu atque ordine officiorum. Cumque quaereretur, quibus nos ea prioribus potioribusque facere oporteret, si necesse esset in opera danda faciendoque officio alios aliis anteferre, non consentiebatur. Conveniebat autem facile constabatque ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelaeque nostrae creditos.*

²⁴⁴ En este mismo sentido se debe interpretar la referencia de Euclión, personaje de la *Aulularia* de Plauto, cuando recrimina al cocinero Congrion “*Quid tu, malum, curas, utrum crudum an coctum ego edim, nisi tu mi es tutor?*” (Plaut., *Aul.* 429-430), dando a entender que los tutores tenían por costumbre vigilar cómo se comportaban sus pupilos. De forma más genérica se pueden encontrar otras referencias a la *tutela* en la obra de Plauto (*Trin.* 139; 870; *Truc.* 859; *Vidul.* 23).

²⁴⁵ Aunque se desconoce la fecha exacta de promulgación de la *lex Atilia*, las más modernas exposiciones generales sobre la materia tienden a situarla en el año 210 a.C., *vid.*, TALAMANCA, M., *Instituzioni*, cit., p. 160; MARRONE, M., *Instituzioni*, cit., p. 256; aunque algunos autores como BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 279, todavía prefieren hablar, de manera más cautelosa, sobre una fecha “databile tra la fine del III e l’inizio del II secolo a.C.”. En todo caso, no cabe duda de que se promulgó antes del año 186 a.C., pues al referirse al senadoconsulto *de Bacchanalibus*, el historiador Tito Livio afirma que en ese año un tutor fue designado por el pretor y los tribunos de la plebe (Liv. 39.9).

²⁴⁶ SOLAZZI, S., «Studi sulla tutela», en *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell’Università di Modena* (1925), pp. 29 ss. (= *Scritti* 3, cit., pp. 110 ss.).

²⁴⁷ SOLAZZI, S., «Tutele e curatele. II. Tutela dativa», en *RISG*, 54 (1914), pp. 17 ss. (= *Scritti*, 2, cit., pp. 23 ss.), explica que aunque originariamente el término dativo se refería a los tutores testamentarios, en época justiniana se utiliza para designar a los tutores atilianos, *vid.* C.I. 1.3.51 (52) pr. (a. 531).

²⁴⁸ *Vid.* Gayo, 12 ad Ed. Prov., D. 26.5.5; Modestino 2 exc., D. 27.1.6.15; *Frag. Vat.* 184.

La aparición de esta nueva especie tutelar responde únicamente a los anhelos de una sociedad que presenciaba cómo la debilitación de los vínculos familiares conlleva una creciente desatención de los menores desamparados²⁴⁹. Como consecuencia de esa creciente preocupación social, se tiende a imponer la idea de que los tutores deben ocuparse de proteger a sus pupilos en el plano personal. Si bien ya se perciben rasgos de esta nueva mentalidad en la tutela testamentaria, lo cierto es que la nueva consideración de la tutela como institución de carácter protectorio se consolida a partir de la generalización de la tutela dativa en el siglo II a.C.

Sin embargo, esta transformación únicamente afectará a la *tutela impuberum*. Independientemente de cuál fuera su funcionalidad originaria, la *tutela mulierum* no evolucionó en un sentido asistencial, pues las mujeres adultas no requerían asistencia para administrar sus patrimonios. De hecho, la aparición de la tutela dativa en el caso de las mujeres no pretendía protegerlas, sino posibilitar que las mujeres que carecieran de tutores pudieran gestionar efectivamente sus asuntos personales. Precisamente esta imposibilidad de que la *tutela mulierum* pudiera considerarse un *munus publicum* con finalidad asistencial es lo que acabará propiciando su paulatina desaparición, pues su antigua funcionalidad no se correspondía con la nueva mentalidad social.

Por el contrario, la *tutela impuberum* evoluciona desde una marcada concepción potestativa hasta alcanzar una naturaleza plenamente asistencial con la unificación que se produce entre las distintas formas tutelares a partir del surgimiento de la denominada tutela dativa o atiliana. Ahora bien, el hecho de que originariamente la atención del tutor se centrara especialmente en proteger el patrimonio familiar no excluye que también pudiera encargarse de la protección personal del pupilo²⁵⁰. Por ese motivo, es posible que las dos realidades de la tutela confluyeran desde el primer momento, pero que mientras que originariamente el cargo de tutor se concebía como un derecho, con el tiempo se terminó consolidando como una institución asistencial.

²⁴⁹ A este respecto, VOCI, P., *Manuale*, cit., pp. 264 ss., recuerda que el cuidado de los miembros más débiles de la familia era una de las obligaciones que se derivaban de la *fraternitas* familiar. Esta función debía desempeñarse originariamente por los familiares de los menores desamparados, pero debido a la paulatina desaparición de los vínculos de solidaridad interparental durante la época antigua, se termina atribuyendo a los tutores la función de proteger y asistir a sus pupilos.

²⁵⁰ En este sentido, MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 256: “la tutela era un istituto insieme potestativo e protettivo: in questo senso, che il tutore esercitava un potere nell’interesse della *familia (communi iure)* per la buona conservazione del patrimonio familiare; e al contempo adempiva a un dovere assicurando al pupillo assistenza e protezione. Quello del tutore era pertanto un potere-dovere”.

Posiblemente la definición elaborada por Servio se enmarca en ese contexto que arranca a partir del siglo II a.C., en el que si bien comienza a instaurarse la idea de que la tutela debe encaminarse a proteger los intereses del pupilo, todavía se considera una *potestas* en favor del tutor. Por ese motivo, no solo es muy probable que la definición de Servio Sulpicio Rufo contuviera una mención expresa a la tutela de las mujeres, sino que además resulta ciertamente verosímil suponer que la versión contemplada en el Digesto fuese el resultado de una interpolación que buscaba adaptar la definición a la concepción imperante en época de Justiniano²⁵¹.

En consecuencia, lo más probable es que la redacción original de la definición serviana estuviera expresada en estos términos: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum <emave>, qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

²⁵¹ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 495 nt. 3. considera que la frase “*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*” fuera fruto de una interpolación que habría alterado el tenor literal de la definición de Servio referida a la tutela legítima de los impúberes y las mujeres.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

Dado que desde sus orígenes la tutela se desenvuelve en un ámbito familiar, el punto de partida de nuestro trabajo arranca a partir del análisis del significado originario del término *familia* en época arcaica. A este respecto, tenemos noticia del testimonio de gramático latino Festo gracias a dos fragmentos en los que afirmaba, por un lado, que la raíz de la palabra *familia* procedía del vocablo latino *famulus*²⁵², término utilizado para hacer referencia a los sirvientes o esclavos, pero, por otra parte, también afirmaba que esa palabra se habría empleado en origen para referirse a conjuntos de personas libres y, solo posteriormente, a los denominados *famuli*²⁵³.

Desde el punto de vista filológico parece existir el convencimiento generalizado de que, efectivamente, la palabra *familia* procedía etimológicamente de *famulus*, pero, sin embargo, no existe unanimidad en torno a cuál habría sido el significado original de este término. En este sentido, la doctrina más autorizada considera que la denominación de *familia* se habría elaborado en una época muy antigua para referirse genéricamente al conjunto de esclavos que convivían bajo un mismo techo.

Si bien esa interpretación se muestra acorde con la idea expresada en el primero de los fragmentos anteriormente mencionados, parece, no obstante, contradecir el orden evolutivo de la utilización del término *familia* descrito por Festo. Con la finalidad de aclarar esta aparente contradicción, hemos considerado oportuno acudir a la exposición acerca de los distintos significados que adoptaba el término *familia* reflejada por Ulpiano en sus comentarios al Edicto²⁵⁴.

Nuestra atención se ha centrado de manera especial en la primera parte del texto, pues el jurista antoniniano recuerda que en la ley de las XII Tablas ya se contemplaba la utilización de la palabra *familia* tanto en un sentido netamente patrimonial, para aludir al conjunto del patrimonio doméstico transmitido en la sucesión hereditaria, como en otro sentido personal, que, con toda probabilidad, hemos concluido que hacía referencia al conjunto de personas libres que componían el grupo doméstico encargado de recibir la *hereditas* familiar cuando un cliente fallecía sin *sui heredes*.

²⁵² Vid. *supra* Fest., s.v. *familia* L. 76.

²⁵³ Vid. *supra* Fest., s.v. *famulus* L. 76.

²⁵⁴ Vid. *supra* Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.1-5.

A pesar de los esfuerzos por desentrañar la posible existencia de una raíz común del término *familia* que alumbrase esa doble acepción contemplada en la ley decenviral, los distintos estudios filológicos que se han ocupado sobre esta cuestión han arrojado resultados inconcluyentes. En realidad, el único nexo en común que parece encontrarse fuera de toda duda es que la pertenencia a un grupo familiar venía determinada desde el primer momento por el sometimiento a la figura del *pater familias*.

La preeminente posición de superioridad del cabeza de familia sobre el resto de componentes de la familia aparece reflejada en las fuentes bajo el nombre de *dominium* y, en consecuencia, el *pater familias* es definido como “*qui in domo dominium habet*”. A pesar de que ese término se empleaba habitualmente en época clásica para referirse a la condición de propietario en el ámbito jurídico, parece que en época arcaica se habría utilizado para designar la antigua noción de poder doméstico.

En relación con esta potestad patriarcal, sabemos que desde la época antigua se habría utilizado el famoso trinomio “*potestas manus mancipioque*”²⁵⁵ para referirse a los sujetos que se encontraban sometidos a esa misma autoridad. Con toda probabilidad se trataba de una construcción con el objetivo de precisar el contenido potestativo de un poder originariamente indiferenciado, que de acuerdo con nuestra interpretación es muy probable que recibiera la denominación de *mancipium*.

En este sentido, cabe recordar que antiguamente la pertenencia sobre los bienes o las personas se afirmaba mediante la aprehensión corporal de ese elemento a través de la propia mano del adquirente. Del mismo modo que mediante esa acción se confirmaba un poder sobre ese objeto o persona (*meum esse aio*), resulta razonable pensar que el *pater familias* utilizase la imposición de su propia mano para manifestar su autoridad sobre el conjunto de los elementos que componían su *familia*.

El término *mancipium* habría surgido entonces como resultado de la unión entre la palabra *manus*, entendida como símbolo de dominio familiar, y la raíz con apofonía del verbo *capere*, que aludía a la acción de coger algo. De esta forma, la antigua noción de *mancipium* haría referencia a la posición personal o *status* cualificado que ostentaba el *pater familias* como consecuencia de la adquisición de todos los bienes y personas que pasaban a formar parte de su comunidad doméstica.

²⁵⁵ Vid. *supra* Gai. 1.49.

Esta posición de absoluta centralidad reconocida en favor del *pater familias* solo puede entenderse atendiendo a la forma de funcionamiento de los grupos familiares en la época arcaica. Se trataba de comunidades sociales conscientes de su propia fragilidad ante las inclemencias de un mundo exterior hostil. Por esa razón, el cabeza de familia debía esforzarse por coordinar los esfuerzos de todos los miembros de la comunidad doméstica, encaminando todos esos recursos a la consecución de un objetivo común: garantizar el mantenimiento y la continuidad de la familia en el tiempo.

Las amplísimas competencias patriarcales se enmarcarían en ese mismo contexto de dirección del grupo familiar. Dado que debía ocuparse de garantizar la buena marcha de la comunidad doméstica, únicamente aceptaría la incorporación de nuevos miembros que efectivamente pudieran aportar valor a la familia, rechazando la entrada de aquellos que presumiblemente fueran a representar una carga. En ese mismo orden de ideas, se entiende que también estuviera facultado para sancionar y, en su caso, incluso expulsar del grupo a los miembros de que amenazasen su estabilidad.

El sometimiento de todos los bienes y personas que formaban parte de la *familia* a la autoridad del *pater familias* se fundamentaba en la necesidad de que colaborasen con el sostenimiento de la comunidad doméstica. Como director del entramado familiar, el cabeza de familia debía promover la utilización eficiente de todos los recursos con los que contaba para asegurar la pervivencia del grupo doméstico en el tiempo y, dentro de sus posibilidades, fortalecer la situación económica y política del grupo familiar en el contexto de una sociedad de ordenación timocrática. En este sentido, originariamente eran considerados servidores de la *familia* o, más concretamente, servidores de un cabeza de familia que debía encargarse de dirigir sus esfuerzos en función del interés colectivo de la continuidad familiar entendida en su sentido más amplio.

En estas circunstancias, cabe entender la existencia de las personas *in mancipio*. En esencia se trataba de un mecanismo con el que equilibrar la fuerza de trabajo entre grupos familiares, de manera que aquellos que dispusieran de un excesivo número de miembros pudieran ceder a alguno de ellos, a cambio de alguna contraprestación, a otros grupos familiares necesitados de fuerza de trabajo. De esta forma, las llamadas personas *in mancipio* se sumaban al conjunto de personas libres que conformaban la comunidad familiar bajo el *mancipium* del *pater familias*.

Sin embargo, a medida que Roma se impone militarmente a lo largo de toda la península itálica comienza a generalizarse la reducción de los pueblos conquistados a la condición de esclavos. Consecuentemente, a partir del siglo IV a.C. se establece un verdadero sistema esclavista, que se utilizará como principal vía de abastecimiento de mano de obra para los grupos familiares. Esto supuso una profunda transformación en el funcionamiento interno de las comunidades domésticas romanas.

La consolidación de esta nueva forma de sometimiento conllevará la paulatina desaparición de la originaria noción de personas *in mancipio*, pues ya no se requiere que los miembros libres de la familia desempeñen sus actividades al servicio de la antigua noción de continuidad familiar. Aunque todos ellos siguen sometidos a la autoridad del *pater familias*, la posición de verdaderos servidores de la *familia* corresponde ahora a las personas que no tienen consideración de libres, esto es, a los esclavos.

Por esa razón, las fuentes de época clásica califican a estos como *mancipia*, pues vinieron a sustituir las labores que hasta ese momento venían desempeñando los hijos de familia y las personas *in causa mancipii* con el objetivo de asegurar la subsistencia del grupo familiar. De esta forma, el término *familia* habría mantenido el significado de conjunto de personas a disposición del *pater familias*, pero habría cambiado el tipo de personas sobre las que se imponía esa servidumbre.

De acuerdo con esta reconstrucción, el testimonio de Festo expresado en los dos fragmentos con los que dábamos comienzo a nuestro trabajo cobran ahora un sentido mucho más lógico: la palabra *familia* provendría del término *famulus*, pues se utilizaba para designar a las personas subordinadas al *pater familias*, pero solo se había utilizado con posterioridad para designar a los esclavos, ya que en origen esas labores habrían sido desempeñadas por los hijos de familia y las personas *in causa mancipii*.

El término habría terminado empleándose para referirse a todos los elementos que prestaban cierto servicio a la comunidad doméstica, de donde procedería su doble acepción semántica. La *familia* hacía referencia tanto a los bienes patrimoniales como a las personas que posibilitaban la subsistencia de una comunidad doméstica dirigida por un mismo *pater familias*. Con el tiempo, se habría mantenido ese significado personal en relación con los miembros libres que componían la *familia*, pero habría cambiado su significado original para pasar a designar a los esclavos, que se habrían convertido en los nuevos servidores de la comunidad familiar.

Los múltiples significados que dan sentido a la evolución histórica del término *familia* se articulan, por tanto, en torno al reconocimiento de la figura del *pater familias* como director del grupo doméstico. Por ese motivo, seguidamente nuestra atención se ha centrado en la fragmentación que se producía en el seno del grupo familiar cuando fallecía el *pater familias*, pues todos los hijos de familia inmediatamente sometidos a su autoridad devenían personas jurídicamente independientes²⁵⁶.

A partir de ese momento, todos ellos pasaban a conformar nuevas comunidades familiares y adquirían capacidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones. Consecuentemente, a cada uno de los hijos de familia que devenía *sui iuris* a la muerte del *pater familias* le correspondería una parte del patrimonio familiar. Pero no obstante, hemos señalado que en algunos casos, la titularidad de esos bienes podía recaer sobre personas que no estaban capacitadas para administrarlos, lo que implicaba un evidente riesgo para la noción de continuidad familiar.

A este respecto, hemos señalado que los romanos reconocían capacidad jurídica para intervenir en el ámbito jurídico a cualquier persona que hubiera alcanzado un grado de madurez intelectual que le permitiese comprender el alcance de los actos jurídicos que pretendía concluir personalmente. Sin embargo, esa capacidad de actuación podía encontrarse limitada total o parcialmente en razón de causas como la edad, el género, la enfermedad mental o la prodigalidad. De conformidad con esa mentalidad arcaica, las mujeres, los impúberes, los dementes o los pródigos no se consideraban suficientemente capacitados para operar en el tráfico jurídico.

Tras el fallecimiento del *pater familias* estas personas podían llegar a convertirse en titulares de una serie de derechos que, conforme a la mentalidad del mundo arcaico, no estaban capacitados para gestionar. Aunque inicialmente estas situaciones se habrían resuelto en atención a las relaciones de solidaridad entre parientes que informaban la convivencia de los grupos domésticos, a medida que se consolidaron formas de vida caracterizadas por un mayor individualismo, los antiguos romanos se habrían visto obligados a articular un sistema jurídico que permitiera el nombramiento de una persona encargada de la supervisión de la gestión del patrimonio familiar en caso de que este recayese en manos de una persona considerada incapaz.

²⁵⁶ Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.2.

Como resultado de esa evolución habrían surgido las instituciones de la tutela y de la curatela en época antigua. Ahora bien, mientras que la curatela tenía por objeto la gestión del patrimonio de las personas incapaces que padecían algún tipo de demencia o habían sido incapacitadas a causa de su prodigalidad, los tutores tenían encomendada la supervisión del patrimonio pupilar y proveer la asistencia necesaria para la celebración de ciertos actos jurídicos tanto a los impúberes como a las mujeres.

Con respecto a los impúberes, hemos comenzado indicando que mientras que en un primer momento se realizaba una *inspectio corporis* para verificar que los menores efectivamente habían alcanzado ese grado de desarrollo físico, con el tiempo se habría acudido a criterios más objetivos para determinar esa mayoría de edad. En todo caso, hasta que no se alcanzaba la pubertad, los menores debían estar sometidos al control de una persona capacitada que protegiese sus intereses patrimoniales y, en consecuencia, también los del grupo familiar al que pertenecía el pupilo.

En relación con las mujeres sucedía algo similar, pues desde tiempos remotos se percibe una evidente subordinación de las mujeres en el plano social y jurídico, que conllevaba la imposición de numerosas restricciones tanto en la esfera pública como en el ámbito de las relaciones privadas. Esa discriminación implicaba que se considerasen personas incapaces de gestionar sus propios asuntos patrimoniales, aun en el supuesto de que hubieran alcanzado la condición de personas *sui iuris* y fueran titulares de una cierta porción o incluso la totalidad del antiguo patrimonio familiar.

Ante los riesgos que implicaba dejar los bienes del patrimonio familiar en manos de personas incapacitadas para intervenir en el ámbito jurídico como los impúberes o las mujeres, los romanos articularon la institución tutelar como mecanismo de salvaguarda de la noción de continuidad familiar. La tutela aparece como una respuesta ante los desafíos que la muerte del *pater familias* implica para la conservación del patrimonio que permite la subsistencia del grupo familiar en el tiempo.

A pesar de que entre la *tutela mulierum* y la *tutela impuberum* se perciben desde el primer momento notables diferencias, que tienden a acrecentarse a medida que la tutela de los impúberes evoluciona en sentido asistencial, en ese apartado pretendíamos recalcar que ambas modalidades tutelares respondían a una misma necesidad originaria: la necesidad de otorgar continuidad al grupo familiar en el tiempo.

Una vez conocidas las causas que habrían propiciado el surgimiento de la tutela, en el último apartado de este primer capítulo hemos examinado cuáles habrían sido las características originarias de esta institución jurídica. A estos efectos, hemos centrado nuestra atención en el análisis de la famosa definición de Servio Sulpicio Rufo recogida tanto en un fragmento de los comentarios al Edicto de Paulo²⁵⁷ como en otro pasaje, que presenta algunas diferencias, de las Instituciones de Justiniano²⁵⁸.

La primera diferencia de cierta relevancia en torno a las expresiones utilizadas en esta definición radica en que mientras el fragmento paulino utilizaba la expresión “*vis ac potestas*”, en las Instituciones de Justiniano se recoge una definición de la tutela como “*ius ac potestas*”. A pesar de que a primera vista puede considerarse que se trata de vocablos hasta cierto punto equiparables, esa disonancia entre la utilización de los términos “*vis*” e “*ius*” ha dado lugar a un intenso debate doctrinal sobre cuál de ellos habría sido el sintagma originalmente empleado por Servio.

Con el fin de arrojar algo de luz sobre esta cuestión hemos contrastado estas dos formulaciones con otros fragmentos conservados en la Paráfrasis de Teófilo²⁵⁹ que hacía referencia a la definición de Servio. Tras llevar a cabo un análisis de estos fragmentos, hemos concluido que mientras que la construcción “*ius ac potestas*” no aparece en otras fuentes jurídicas, la utilización reiterada de “*vis ac potestas*” pone de manifiesto que se trataba de una expresión utilizada con cierta frecuencia. Estas constataciones nos llevan a pensar que la definición original de Servio Sulpicio Rufo se refería a la tutela como “*vis ac potestas*”, mientras que la expresión “*ius ac potestas*” habría surgido como resultado de una alteración textual posterior.

En segundo lugar, nos hemos ocupado de los sujetos que, de acuerdo con Servio, se encontraban sometidos a tutela. A este respecto, el jurista señala que la tutela recaía “*in capite libero*”, expresión con la que no solo se indicaba que la tutela recaía sobre una persona libre, sino que se presentaba la tutela como un mecanismo de reactivación de la personalidad jurídica del pupilo. La concesión de esa “*vis ac potestas*” al tutor propiciaba que la persona sometida a la tutela recuperase, aunque fuese indirectamente, su condición de miembro activo en la sociedad romana.

²⁵⁷ Vid. *supra* Paulo, 38 ad Ed., D. 26.1.1 pr.

²⁵⁸ Vid. *supra* Inst. 1.13.1.

²⁵⁹ Vid. *supra* Teoph. Paraph. 1.13.1.

Seguidamente la definición de Servio Sulpicio precisaba que la tutela tenía como finalidad principal “*qui propter aetatem sua sponte defendere nequit*”. Esta referencia a la edad concordaba con la existencia de la *tutela impuberum*, pero no deja de resultar sorprendente que no hiciera ninguna alusión a la *tutela mulierum*. Dado que estas dos modalidades tutelares seguían vigentes en tiempos de Servio, solo cabe suponer que se trataba de un pasaje referido exclusivamente a la *tutela impuberum* o, por el contrario, que el fragmento habría sido modificado para adaptar el contenido jurídico a una época en la que la *tutela mulierum* había desaparecido.

A nuestro juicio resulta más probable esta última posibilidad, pues, como hemos indicado con anterioridad, la institución tutelar habría surgido como un mecanismo de protección de la noción de continuidad familiar ante los riesgos que implicaba que tanto impúberes como mujeres ostentasen la titularidad de bienes de un patrimonio familiar que no estaban capacitados para administrar. La tutela respondía a la misma necesidad en ambos casos y, en consecuencia, resulta lógico pensar que la definición original de Servio hubiera contemplado tanto a los impúberes como a las mujeres

Sobre la base de esa hipotética interpolación de la definición original de Servio, finalmente nos hemos ocupado de la finalidad que originariamente habría desempeñado la institución tutelar romana. De acuerdo con el testimonio que nos transmite Paulo, el nombramiento de tutor se realizaba “*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*”, es decir, que presentaba una naturaleza asistencial. El cometido de la tutela habría consistido en ofrecer cierta protección a las personas que, dado que se consideraban socialmente incapaces de valerse por sí mismas tanto en el ámbito jurídico como en el negocial, requerían la asistencia de un tutor.

Sin embargo, esta concepción asistencial no parece concordar con la naturaleza originariamente potestativa de la tutela. Si realmente el cometido del tutor consistía en salvaguardar los intereses del pupilo, no se entiende que en algunas fuentes jurídicas el tutor aparezca calificado como “*domini loco*” del patrimonio pupilar y aún más difícil resultaría entender que Servio hubiera definido esta institución como “*vis ac potestas*”. Para resolver esta aparente incongruencia hemos tenido que recuperar la evolución de la institución tutelar que habíamos trazado en los anteriores apartados.

De acuerdo con nuestra interpretación, la institución tutelar habría surgido como un mecanismo de control de la continuidad familiar, que se encontraba representada en la necesidad de salvaguardar el patrimonio doméstico. Por ese motivo, originariamente se concebía como una potestad en favor del tutor, cargo que correspondía a un pariente de la persona incapacitada y al que se le reconocían amplios poderes de administración para evitar cualquier perjuicio sobre el patrimonio pupilar.

Sin embargo, a medida que la sociedad romana evoluciona hacia formas de vida más individualistas, tienden a mitigarse las antiguas relaciones de solidaridad parental y surge una mayor preocupación por la situación de los menores desamparados. En este contexto aparece la tutela testamentaria, que a pesar de conservar rasgos potestativos, presenta una cierta naturaleza proteccionista que terminará por imponerse a partir de la aparición de la denominada tutela dativa.

Sobre la base de esta evolución, hemos considerado que la definición de Servio debe enmarcarse en un momento histórico en el que si bien comenzaba a instaurarse la idea de que la tutela era un mecanismo asistencial que defendía los intereses pupilares, aún conservaba algunas de sus originarias características potestativas. En consecuencia, lo más probable es que la redacción original de la definición estuviera expresada en los siguientes términos: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum <eamve>, qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

V. LA ARTICULACIÓN DEL ANTIGUO SISTEMA SUCESORIO

1. Identidad entre tutela y *hereditas*
 - 1.1. El tutor heredero
 - 1.2. La figura del *heres*
 - 1.3. El objeto de la *hereditas*: *familia* y *pecunia*
 - 1.4. Otros elementos que se transmiten con la *hereditas*
2. El sistema de sucesión hereditaria establecido en las XII Tablas
 - 2.1. La redacción decenviral como punto de partida
 - 2.2. *Uti legassit...ita ius esto*: las diferentes versiones de XII Tab. 5.3
 - 2.2.1. La inconsistencia de la versión retórica
 - 2.2.2. La versión procedente de Quinto Mucio
 - 2.2.3. La versión de *Tit. Ulp.* 11.14
 - 2.2.4. Una explicación de conjunto sobre la norma del *uti legassit*
 - 2.3. *Si intestato moritur...*: las dos versiones de XII Tab. 5.4 y 5.5
 - 2.3.1. Una versión retórica en paralelo a XII Tab. 5.3
 - 2.3.2. La versión de *Tit. Ulp.* 26.1
 - 2.3.3. Una tercera versión alternativa
3. La prioridad histórica de los denominados herederos naturales
 - 3.1 Una visión de conjunto
 - 3.2. *Sui et necessarii heredes*
 - 3.3. *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii*
 - 3.4. Las distintas posibilidades de continuación familiar
 - 3.5. El denominado *consortium ercto non cito*
 - 3.5.1. *Societas legitima et naturalis*
 - 3.5.2. *Societas inseparabilis*
 - 3.5.3. El germen de la institución tutelar
4. La sucesión hereditaria en ausencia de *sui heredes*
 - 4.1. La creación de un *suus heres* a través de la *adrogatio*
 - 4.2. Las formas testamentarias primitivas
 - 4.3. La sucesión de agnados y gentiles
 - 4.4. Hacia un testamento moderno

A modo de recapitulación

1. LA IDENTIDAD ENTRE TUTELA Y HEREDITAS

1.1. EL TUTOR HEREDERO

De acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el capítulo anterior, sabemos que la institución tutelar aparece estrechamente vinculada a la consolidación de los primeros grupos familiares. Se trataba de una figura jurídica que habría tenido como finalidad apuntalar el mantenimiento de una forma de vida fundamentada sobre estructuras domésticas de carácter jerárquico. Todos los componentes del grupo familiar se encontraban sometidos al *dominium* de un *pater familias*, que debía encargarse de velar por el bienestar de todos los miembros de su comunidad.

El funcionamiento de los primitivos grupos familiares y, por ende, de la propia sociedad romana de época arcaica, aparece mediatizado por la presencia de esa misma autoridad patriarcal: todas las decisiones trascendentales son adoptadas por varones, a los que se confieren amplísimas potestades para que puedan dirigir adecuadamente el rumbo de sus respectivas comunidades de gobierno en busca de un objetivo común. Como consecuencia de ello, todas las instituciones jurídicas de la época arcaica parecen articularse conforme a esas mismas coordenadas.

Estos rasgos son perfectamente observables en la institución tutelar, que como hemos visto era definida como una “*vis ac potestas*”¹ bajo la titularidad de un varón² que ocupaba el cargo en virtud de su relación de parentesco con el pupilo. Ahora bien, la tutela no se constituía en provecho del pupilo, sino que las facultades que se reconocían al tutor estaban encaminadas a evitar el riesgo de dispersión de aquella parte del patrimonio familiar que se encontraba en poder de personas incapaces.

El punto de partida de la institución radicaba en la necesidad de asegurar la continuidad familiar tras la muerte del *pater familias*, es decir, en la conservación de una forma de vida comunitaria que garantizase la subsistencia de todos los miembros del grupo familiar en el tiempo. Por ese motivo, tradicionalmente el régimen jurídico de la institución tutelar concuerda con la ordenación sucesoria, cuya principal finalidad consistía en articular un orden de llamamientos con el fin de asegurar la continuidad familiar a través de los herederos del causante.

¹ Vid. *supra* capítulo IV apartado 4.2.

² Gayo, 12 ad Ed., D. 26.1.16 pr.: *Tutela plerumque virile officium est.*

Sobre la base de esta identificación entre la ordenación hereditaria y las normas que originariamente regulaban los nombramientos de tutor, algunos autores comenzaron a plantear que en un primer momento la condición de tutor habría coincidido con la designación como heredero del *pater familias*. En este sentido, resultan especialmente relevantes las aportaciones realizadas por Bonfante³, quien desarrolla esta posición a partir de su tradicional concepción de la familia romana como una verdadera entidad política encabezada por un *pater familias* con poderes soberanos.

Con gran acogida por parte de la doctrina⁴, la teoría bonfantiana mantiene que la sucesión al frente del grupo doméstico se habría articulado conforme a esa estructura jerárquica. Entre las facultades conferidas al cabeza de familia se contaba la posibilidad de designar discrecionalmente a su sucesor entre los *sui heredes*, de forma que no solo se evitaba la fragmentación del grupo familiar en sentido personal, sino que además se aseguraba la conservación de todos los vínculos religiosos, elementos patrimoniales y los rituales cotidianos que daban sentido a la familia.

De acuerdo con esta perspectiva, la designación como heredero se realizaba a través de la vía testamentaria, de forma que el *pater familias* causante podía escoger entre las personas inmediatamente sometidas a su autoridad a la más capacitada para dirigir la comunidad después de su muerte. De este modo, la persona designada como heredero adquiriría la condición de cabeza del grupo familiar, desempeñando asimismo las actividades de tutor con respecto a aquellos familiares considerados incapaces. Únicamente a partir de la publicación de la ley de las XII Tablas se habría desligado definitivamente la noción de tutela de la sucesión hereditaria⁵.

³ A lo largo de toda la obra de BONFANTE, P., *Corso*, vol. I, cit. pp. 554 ss.; *Corso*, vol. VI, cit., pp. 148 ss.; *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, cit., pp. 429 ss., se repite la idea de que el heredero se ocupaba de las funciones que con el tiempo terminarían encomendándose a los tutores debido a que originariamente se encargaba de dirigir la familia como nuevo cabeza de familia.

⁴ Entre los numerosos seguidores de la teoría bonfantiana destacan romanistas como COSTA, E., *Storia del diritto romano*, cit., pp. 103 ss.; LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Florencia, 1930), pp. 121 ss.; BETTI, E., *Istituzioni*, cit., pp. 142 ss.; LONGO, G., *Diritto romano. III. Diritto di famiglia* (Roma, 1940), pp. 251 ss.; LÉVI-BRUHL, H., «La tutelle de XII tables», en *Studi onore S. Solazzi* (Nápoles, 1948), p. 318; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pp. 555 ss.; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone*, cit., pp. 86 ss.

⁵ Aunque tiende a mantener los principales postulados de la teoría bonfantiana, COSTA, E., *Cicerone giuriconsulto, I. Il diritto privato* (Bolonía, 1927), p. 71, sostiene que hasta el siglo III a.C. la tutela todavía se encontraba integrada en la potestad del *pater familias* y no se habría constituido como una figura jurídica independiente hasta la aparición de la denominada tutela dativa.

A pesar de que los principales postulados de la teoría familiar bonfantiana han quedado superados con el tiempo, en la actualidad parece que la mayor parte de la doctrina admite que el antecedente de la institución tutelar se encontraba directamente ligado a la condición de heredero. Entre las aportaciones más relevantes en favor de esta identificación destacan indudablemente las conclusiones obtenidas por Solazzi⁶, quien habría procurado confirmar las suposiciones de Bonfante a partir del análisis exegético de un fragmento de los comentarios al Edicto de Paulo.

Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.4.6: *Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum revertitur.*

A partir de la premisa que considera que la delación por vía testamentaria habría prevalecido históricamente sobre la delación legítima, este autor consideraba que la referencia a la expresión “*si intestato moritur*” que se recoge en el fragmento paulino únicamente resultaría comprensible si se admite que a partir de la época postdecenviral se impuso una interpretación jurisprudencial del derecho hereditario que desconocía que antiguamente el heredero y el tutor coincidían en la misma persona.

En este sentido, defiende que la ley de las XII Tablas debía contemplar alguna disposición redactada en los siguientes términos: “*intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela*”. En apoyo de esta tesis señala que se desconoce cualquier testimonio que ponga en duda la existencia de una disposición decenviral de estas características, pero además el comentario de Paulo resultaría inexplicable de no haber existido esta pretendida disposición y, por último, señala que su hipótesis parece confirmarse gracias a un fragmento de las Instituciones de Justiniano.

Inst. 1.15.2: *Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare, sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. Quod tunc quoque accidere intellegitur, cum is qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

⁶ SOLAZZI, S., *La legge delle XII Tavole*, cit., pp. 46 ss.; *Diritto ereditario*, cit., pp. 125 ss.; «*Da “tutorem do” a “tutor esto”*», en *SDHI*, 13-14 (1948), pp. 301 ss. (= *Scritti* 6, cit., pp. 559 ss.).

A pesar de que la mayor parte de la doctrina ha aceptado la hipótesis de la identificación entre el heredero y el tutor en época arcaica⁷, algunas de las premisas que sostienen esta teoría resultan controvertidas. En este sentido, consideramos que resulta cuando menos discutible la aceptación de una pretendida prevalencia histórica de la sucesión testamentaria, máxime cuando se equipara las primitivas formas testamentarias a la funcionalidad de los testamentos clásicos y, en consecuencia, se considera que los herederos por antonomasia serían los herederos testamentarios.

A este respecto, consideramos que la teoría bonfantiana parte del apriorismo de que el heredero testamentario era un sucesor en la soberanía familiar, de manera que toda la arquitectura familiar debía articularse en torno a su figura. Sin embargo, incluso aceptando que la ley de las XII Tablas contuviera alguna referencia a los testamentos, esta constatación no implicaría que estos sirvieran para instituir herederos y, de ninguna manera, para transmitir la soberanía del grupo familiar.

Por ese motivo, consideramos indispensable comenzar este capítulo analizando la concepción originaria de la *hereditas* romana con el objetivo de comprender las implicaciones que conllevaba la designación como *heres* y cuál habría sido su relación con la institución tutelar en época arcaica.

⁷ FAYER, C., *La familia romana* I, cit., p. 379.

1.2. LA FIGURA DEL HERES

Como hemos destacado en el capítulo anterior, el surgimiento de la institución tutelar aparece directamente vinculado a la necesidad de asegurar la continuidad de la *familia* en el tiempo. Los antiguos romanos mostraron una especial preocupación por preservar todos aquellos elementos que, de una u otra manera, otorgaban un sentido a la idea de comunidad familiar. Por ese motivo, la tutela mantiene una estrecha relación con el fenómeno de la antigua sucesión hereditaria.

La articulación de un sistema hereditario posibilitaba que los grupos familiares romanos se perpetuasen en el tiempo a través del mantenimiento todo un conjunto de elementos de diversa naturaleza. Dado que originariamente la tutela también surgía como consecuencia de la muerte del *pater familias* y tenía como finalidad asegurar la continuidad familiar, resulta razonable que desde el primer momento se rigiese por las mismas disposiciones que regulaban la *hereditas*.

De acuerdo con las fuentes jurisprudenciales de época clásica, el concepto de la *hereditas* presentaba diferentes significados, pues designaba tanto a la transmisión de bienes y relaciones jurídicas en que subentraba el sucesor del *pater familias*⁸, como al propio objeto de esa misma transmisión⁹, pero también se utilizaba para hacer referencia al *ius hereditatis* o *successionis*, es decir, al derecho que ostentaba el heredero¹⁰. Se trataba de tres sentidos del término *hereditas*, que si bien aludían a distintas realidades, guardaban una estrecha relación entre ellos, como pone de manifiesto un famoso fragmento del jurista Africano.

Africano, 4 *Quaest.*, D. 50.16.208: "*Bonorum*" *appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.*

⁸ Así lo indica expresamente Juliano cuando afirma que "*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*" (Juliano, 6 *dig.*, D. 50.17.62).

⁹ Ulpiano recuerda que la *hereditas* podía reivindicarse como si se tratase de un verdadero patrimonio hereditario: *cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci* (Ulpiano, 75 *ad Ed.*, D. 44.2.7.4). El término aparece utilizado en el mismo sentido en Pomponio, 5 *ad Sab.*, D. 29.2.37; Ulpiano, 39 *ad Ed.*, D. 37.1.3; Pomponio, 3 *ad Q. Muc.*, D. 50.16.119; Ulpiano, 49 *ad Sab.*, D. 50.16.178.1.

¹⁰ Refiriéndose a las *res incorporales*, Gai. 2.14 denomina a la *hereditas* como "*ipsum ius successionis*", expresión que también se encuentra en Ulpiano, 3 *ad Sab.*, D. 28.5.3.3; Ulpiano, 72 *ad Ed.*, D. 41.2.13.4; Africano, 4 *Quaest.*, D. 50.16.208.

Sin embargo, todos estos significados responden a una concepción clásica¹¹ de la *hereditas*, que no se corresponde con su significado original. En realidad, el término parece haber sido elaborado por la jurisprudencia republicana con el fin de designar originariamente a la transmisión patrimonial que se realizaba en favor de los herederos cuando fallecía el *pater familias*. Se trataría de un concepto jurídico que habría surgido como resultado de la consolidación de la categoría jurídica del *heres*.

De acuerdo con el testimonio de Festo, que se toma como referencia etimológica por la tradición jurídica posterior¹², el término *heres* se utilizaba desde la época antigua para hacer referencia a la condición de *dominus*.

Fest. (99 L.): *Heres apud antiquos pro domino ponebatur*.

Sobre la base de esta afirmación, algunos autores mantienen que originariamente es posible que el término *heres* estuviera estrechamente vinculado a la noción de *herus*, que aludía a las primeras formas de propiedad en el mundo antiguo¹³. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina ha rechazado esa pretendida asociación, poniendo en duda incluso la antigüedad de la afirmación del propio Festo¹⁴. En realidad, todos los indicios apuntan a que etimológicamente el término *heres* procede de la palabra griega *ἡρως*¹⁵, que aludiría a una cierta noción de abandono¹⁶.

¹¹ Sin embargo, BONFANTE, P., «La formazione scolastica della dottrina della *uniuersitas*», en *RIL*, 39 (1906), pp. 314 ss., sostenía que la *hereditas* únicamente se había articulado como una *universitas* a partir de la época postclásica. En apoyo de esta misma posición se manifestó posteriormente también SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 7 ss.

¹² En este sentido, en las Instituciones de Justiniano se afirmaba expresamente que “*Veteres enim heredes pro dominis apellabant*” (2.19.7).

¹³ AMBROSINO, R., «*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*», en *SDHI*, 10 (1944), pp. 95 ss.

¹⁴ A este respecto destacan las aportaciones de PEROZZI, S., *Istituzioni*, vol. II, cit., pp. 443 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 62; DEVOTO, G., «I problemi del piu antico vocabolario giuridico romano», en *Annali della Scuola Normale di Pisa* (1933), pp. 225 ss.; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario*, cit., p. 26 nt. 2; BONFANTE, P., *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, cit., pp. 485 ss.; VON LÜBTOW, U., *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, cit., pp. 409 ss.

¹⁵ DEVOTO, G., *I problemi del piu antico vocabolario giuridico romano*, cit., pp. 32 ss., señala que la comparación con otras construcciones orientales similares, pone de manifiesto que el término *heres* procede de una idea de abandono, en cuánto que el heredero es la persona que se hace cargo de los bienes vacantes que anteriormente pertenecían a un *pater familias* difunto.

¹⁶ De acuerdo con WALDE, A. y HOFFMAN, J. B., *Lat. Etym.*, cit., s.v. *heres*, pp. 641-642, el término *heres* se componía de los elementos “*ghero*” y “*e-d(o)*”. Mientras que la primera de esas dos partículas proviene de la raíz *ghe*, que hace referencia a la noción de ser abandonado, la segunda partícula alude a la idea de “*edere*”, que podría traducirse como comer o tomar algo para sí mismo.

En este sentido, resulta verosímil pensar que la originaria noción del *heres* se remontase en realidad a la legendaria repartición de tierras entre los grupos familiares romanos que la tradición atribuye al rey Rómulo. Como indicamos en su momento¹⁷, cada uno de esos lotes consistía en dos yugadas de terreno que recibía la denominación de *heredium*¹⁸. Aunque la titularidad de los mismos correspondía al *pater familias*, se consideraban bienes comunitarios y, en consecuencia, constituían una parte esencial del complejo patrimonial familiar que recaía en manos de los herederos en el momento del fallecimiento del cabeza de familia. En consonancia con el sentido etimológico que señalamos anteriormente, el *heres* sería la persona que tenía derecho a hacer suya esa parte del patrimonio familiar “abandonado” por el *pater familias*.

De esta forma, cualquier persona que tuviera derecho a hacerse cargo de una parte del primitivo *heredium* familiar ostentaría la condición de *heres*. Posiblemente esta concepción se consolidase como consecuencia de la aparición de la posibilidad de solicitar la división del *consortium ercto non cito* a través de la *actio erciscundae*¹⁹. Ahora bien, la desintegración de la antigua comunidad familiar implicaba que cada uno de los *heredes* se convirtiese en un nuevo *pater familias*, encargado de perpetuar el *nomen*, los *sacra* y otros ritos domésticos en su nueva familia²⁰. De esta forma, no es de extrañar que en poco tiempo la denominación de *heres* se utilizase con un marcado carácter potestativo para referirse al *dominus*, tal y como recordaba Festo²¹.

A partir de esa primitiva concepción del *heres*, la jurisprudencia republicana elaboró la primera concepción de la *hereditas* para designar al fenómeno en virtud del cual se transmitía el patrimonio doméstico a los herederos del causante. A pesar de que su naturaleza todavía es objeto de debate en el seno de la doctrina romanística, se ha aceptado con carácter general que la antigua *hereditas* presentaba tres grandes rasgos desde sus orígenes: se desenvolvía en un ámbito estrictamente familiar, implicaba un conjunto heterogéneo de elementos tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial y presentaba una concepción marcadamente universalista.

¹⁷ Vid. *supra* capítulo IV apartado 1.2.

¹⁸ El *heredium* no constituía un tipo de fundo concreto, sino que se trataba de una unidad de medida de terrenos rústicos, como acertadamente apuntó LAMBERT, J. N., «Les origines de Rome à la lumière du droit comparé: *Romulus*», en *Studi De Francisci*, I (Nápoles, 1956), p. 348.

¹⁹ Vid. *infra*. capítulo V apartado 3.5.2.

²⁰ Vid. por todos BURDESE, A., *Manuale*, cit., pp. 626 ss.

²¹ Vid. *supra* Fest., 99.18 L.

Con respecto a su carácter familiar, no cabe duda de que en principio se exigía pertenecer a la *familia* del causante para ostentar la condición de *heres*. La articulación del originario sistema hereditario romano se asentaba sobre la necesidad de asegurar la continuidad familiar, tarea que no solo implicaba evitar la dispersión del patrimonio doméstico, sino que también conllevaba la obligación de preservar una serie de ritos y tradiciones que daban sentido a la stirpe. Cometidos de esta trascendencia no podían quedar en manos de personas extrañas al grupo familiar.

En consonancia con esta misma idea de continuidad familiar se manifiesta otro de los principales rasgos característicos de la *hereditas*: presentaba un marcado carácter universalista, pues el heredero subentraba en el conjunto de relaciones que hasta ese momento había dispuesto su *pater familias*, como si se tratase de un complejo unitario con entidad propia y diferenciada de sus componentes²².

La articulación del sistema hereditario se enfocaba, por tanto, en la localización de una serie de sujetos a los que transmitir todo ese complejo de relaciones familiares, que abarcaba desde bienes estrictamente patrimoniales hasta otro tipo de elementos de diversa naturaleza²³. Esto explica que se considerase la pertenencia al grupo familiar como requisito indispensable para ser designado heredero, pues la *hereditas* englobaba elementos de especial trascendencia para la *familia* que afectaban a la esfera económica, al ámbito religioso y a las relaciones domésticas de la comunidad.

En apoyo de esta idea de universalidad, debe recordarse que durante la época arcaica, además de las acciones singulares que el heredero podía ejercitar para reclamar cualquier objeto de la *hereditas*, existió una acción procesal para reclamar la *hereditas* en su conjunto. En principio el heredero podía ejercitar la *legis actio per sacramentum in rem*, y luego, con el fin de evitar los riesgos que conllevaba el proceso sacramental, podía acudir al expediente del *agere per sponsionem*²⁴.

²² VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 154, destaca que la originaria consideración unitaria de la *hereditas* se estableció por motivos prácticos en época arcaica y que no sería hasta la época clásica cuando se profundizó en este rasgo característico para crear la noción de *universitas*.

²³ En este sentido resulta indispensable FRANCIOSI, G., *Usucapio pro herede. Contributto allo studio dell'antica hereditas* (Nápoles, 1965), pp. 73 ss., donde se explica el vínculo de unión que desde época remota unía los *sacra privata* con la *hereditas* familiar.

²⁴ El ejercicio del *agere per sponsionem* requería que el demandado se comprometiera por *sponsio* a pagar cierta cantidad de dinero si el demandante probaba ser dueño de la cosa en litigio, de forma que se pudiera acudir a la *legis actio per iudicis postulationem* en caso de incumplimiento.

Con el tiempo, estas acciones serían desplazadas por la fórmula petitoria, que en época clásica recibía el nombre de *hereditatis petitio*²⁵. Aunque existen discrepancias en torno a su naturaleza real o personal²⁶, no cabe duda de que se trataba de un instrumento procesal que podía emplearse para reclamar todo el conjunto de relaciones jurídicas y elementos de diversa naturaleza que componían la *hereditas*.

Sin embargo, se debe puntualizar que ese carácter unitario no puede confundirse con una continuación omnímoda y absoluta en la personalidad del *pater familias*. Si bien es cierto que el *heres* debía hacerse cargo de elementos de diversa naturaleza, las relaciones privadas de carácter personalísimo quedaban excluidas de la sucesión. En los siguientes apartados vamos a analizar de forma más precisa que tipo de elementos constituían la *hereditas* en época arcaica.

²⁵ Sobre esta acción, véase BESELER, G., «Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen», en ZSS, 66 (1948), pp. 265 ss.; LENEL, O., «Die Passivlegitimation bei der *hereditatis petitio*», en ZSS, 46 (1926), pp. 1 ss.; LONGO, G., *L'hereditatis petitio* (Padua, 1933); ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 127 ss.; BIONDI, B., «Obbietto dell'antica *hereditas*», en *Iura*, 1 (1950), pp. 150 ss.; DI PAOLA, S., *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milán, 1954); MARRONE, M., «Recensión a DI PAOLA, S., *Saggi in materia di hereditatis petitio*», en *Iura*, 6 (1955), pp. 170 ss.; TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milán, 1956); SCHWARZ, F., «Studien zur *hereditatis petitio*», en *TR*, 24 (1956), pp. 279 ss.; SCHLESINGER, P., *La petizione di eredità* (Turín, 1956); KASER, M., «La legittimazione passiva alla *hereditatis petitio*», en *Labeo*, 3 (1957), pp. 251 ss.; CARCATERRA, A., *Hereditatis petitio*, en *NNDI*, 8 (Turín, 1962), pp. 95 ss.; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. 6., cit., pp. 424 ss.; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 691; QUADRATO R., «Petizione di eredità (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, 33, (Milán, 1983), pp. 608 ss.; MÜLLER-EHLEN, M., *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage* (Colonia, Weimar-Viena, 1998); GASPAR LERA, S., *La acción de petición de herencia* (Pamplona, 2001); CASINOS MORA, F. J., *De Hereditatis Petitione* (Madrid, 2006).

²⁶ Con respecto a las distintas posturas doctrinales sobre la naturaleza de la *hereditatis petitio*, véase CASINOS MORA, F. J., *De Hereditatis Petitione*, cit., pp. 79-93, donde el autor expone sus argumentos en favor del carácter dual de esta acción, tras referirse a las principales obras doctrinales tanto en favor del posible carácter personal (p. 55, nt. 199) como real (p. 79, nt. 184) de la misma.

1.3. EL OBJETO DE LA *HEREDITAS*: *FAMILIA* Y *PECUNIA*

A lo largo de la historia jurídica de Roma se han utilizado numerosas expresiones para referirse al objeto de la *hereditas*. Ahora bien, la doctrina se muestra unánime a la hora de considerar que antiguamente se utilizaba la denominación de *familia*. Como se ha indicado anteriormente, el término *familia* presentaba una doble acepción en época decenviral, de modo que hacía referencia tanto al grupo de personas como al conjunto patrimonial que se encontraba bajo el *dominium* del *pater familias*.

La utilización del término *familia* en sentido patrimonial se encuentra recogida en diversas disposiciones de la ley de las XII Tabas²⁷. En todos estos casos, parece que el término se utilizaba para hacer referencia al patrimonio doméstico que se encontraba bajo la titularidad de un *pater familias* y que, por tanto, constituiría el principal objeto de transmisión en la *hereditas*. A este respecto, resulta especialmente ilustrativo que, de acuerdo con Gayo²⁸, la ley de las XII Tabas se refiriera a la más antigua acción de división de la herencia como *actio familiae erciscundae*.

Sin embargo, ambos términos no deben ser interpretados como sinónimos, sino que mientras que la palabra *familia* se utilizaba para referirse al patrimonio doméstico en sentido estático, el concepto de la *hereditas* aludía a un fenómeno dinámico, como era la transferencia de ese patrimonio doméstico²⁹. Sin embargo, la ley de las XII Tabas también utiliza el vocablo *pecunia* para hacer referencia al objeto de la *hereditas* o, al menos, para referirse a parte del mismo³⁰. Aclarado el significado del término *familia* en el primer apartado de nuestro trabajo, debemos ocuparnos ahora de analizar sus posibles similitudes o diferencias con el concepto de *pecunia*³¹.

²⁷ La acepción patrimonial de la palabra *familia* aparece empleada hasta en cuatro ocasiones en la tabla quinta de la ley decenviral, que se ocupaba de la sucesión hereditaria: XII Tab. 5.4; 5.5 y 5.8.

²⁸ Gayo, 7 *ad Ed. provinc.* D. 10.2.1 pr.: *Haec actio (familiae erciscundae) proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*

²⁹ ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., p. 331

³⁰ De acuerdo con el testimonio de Cic., *de inv.* 2.50.148 y el autor de la *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23, el término aparecía contemplado en XII Tab. 5.7 (*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*), aunque a tenor de la versión conservada en *Tit. Ulp.* 11.14., es posible que también pudiera encontrarse en la redacción originaria de XII Tab. 5.3. Sobre las distintas formulaciones de esta disposición decenviral, *vid. infra* apartado 2.2.2.

³¹ Para un análisis en profundidad sobre el origen del término, *vid.* MARCOS CASQUERO, M. A., «*Pecunia*. Historia de un vocablo», en *Pecunia. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León* (2005).

Según los principales estudios filológicos, el origen terminológico de la palabra *pecunia* deriva del vocablo *pecus*, que a su vez proviene de la raíz indoeuropea *peku*³². Se trataría de un vocablo que tradicionalmente se empleaba para referirse al ganado menor utilizado para el desempeño de labores agrícolas y ganaderas. De hecho, son numerosas las fuentes de época antigua que relacionan el término tanto con el ganado, como con los animales de tiro y carga³³.

El origen del término es acorde con la situación económica de la Roma arcaica, sustentada en actividades relacionadas con el pastoreo. En una sociedad nómada y sin amplios conocimientos de técnicas agrícolas, el ganado no sólo representaba la principal fuente de riqueza de todo ciudadano, sino que muy posiblemente constituía el principal medio de pago para facilitar los intercambios comerciales. En apoyo de esta hipótesis, cabe destacar que Cicerón recordaba que en época arcaica las multas consistían en la entrega de ovejas o bueyes³⁴, y que por esa razón los ricos recibían la denominación de *pecuniosi* y *locupletes*, es decir, ganaderos y terratenientes³⁵.

Con el paso del tiempo, la sociedad romana evolucionó hacia formas de vida más sedentarias y una economía centrada en el comercio. En paralelo a este desarrollo, el término *pecunia* habría extendido su significado, al mismo tiempo que iba perdiendo su relación directa con el ganado³⁶. Una manifestación de esta evolución puede

³² De acuerdo con ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym.*, cit., s.v. *pecu*, originariamente el término habría designado a las reses o ganado que componían un rebaño, pero con el paso del tiempo habría ampliado su significado hasta abarcar al ganado como fuente de riqueza. En este mismo sentido, *vid.* WALDE, A. y HOFFMAN, J. B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., pp. 271 ss.; GNOLI, F., *Ricerche sul crimen peculatus* (Milán, 1979), pp. 62 ss.

³³ Varro, *De lingua lat.* 5.17.92; *Rerum rusticarum* 2.1.11; Plin. Maior, *Naturalis Historia*, 18.11; Fest., s.v. *Peculatus* (L. 232.29); s.v. *Peculium* (L. 290.34).

³⁴ Cic., *de rep.* 2.9.16: *Tum, id quod retinemus hodie magna cum salute rei publicae, auspiciis plurimum obsecutus est Romulus. nam et ipse, quod principium rei publicae fuit, urbem condidit auspicato, et omnibus publicis rebus instituendis, qui sibi <ad>essent in auspiciis, ex singulis tribubus singulos cooptavit augures, et habuit plebem in clientelas principum discriptam - quod quantae fuerit utilitati post videro - multaeque dictione ovium et boum - quod tunc erat res in pecore et locorum possessionibus, ex quo pecuniosi et locupletes vocabantur - non vi et suppliciis coercebat.*

³⁵ Sobre la importancia de la utilización del término *locuples* para designar a los ciudadanos que poseían tierras en contraposición a los propietarios de ganado, SACCHI, O., «Il mito del *pius agricola* e riflessi del conflitto agrario dell'epoca catoniana nella terminologia dei giuristi medio/tardo repubblicani», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 49 (2002), pp. 256 ss.

³⁶ Contra esta teoría, BENVENISTE, E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (París, 1969), traducido al español como *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas* (Madrid, 1983), pp. 33 ss., ha defendido que el término *peku* originariamente se utilizaba para referirse a la riqueza mobiliaria de los particulares y solo progresivamente fue restringiendo su significado hasta designar primero al ganado en general, luego al ganado menor y finalmente al cordero. No obstante, esta visión ha sido duramente

encontrarse en un texto de Festo, en el que se utiliza la palabra *pecunia* para referirse a los frutos obtenidos en la cosecha de cereales (*fruges*) y árboles (*fructus*):

Fest., s.v. *Pecunia sacrificium* (L. 287.11): *Pecuniam sacrificium fieri dicebatur, cum fruges fructusque offerebantur, quia ex his rebus constat, quam nunc pecuniam dicimus.*

La utilización del término *res* en la expresión “*quia ex his rebus constat*” parece indicar que la *pecunia* ya se utilizaba con un significado muy parecido al de riqueza en tiempos de Festo³⁷. Esto implicaría que el término, originariamente restringido para referirse al ganado como fuente de riqueza de un ciudadano romano, habría ampliado su significado hasta englobar todos los bienes muebles. Este salto evolutivo únicamente pudo llegar a producirse como consecuencia de que el sistema de intercambio a través del trueque fuese reemplazado por un sistema monetarizado.

Antes del uso de las barras de cobre y de la expansión de la moneda en Roma³⁸, la primera unidad de medida utilizada para las transacciones mercantiles habrían sido las cabezas de ganado. En consonancia con esta tradición, Plinio el Viejo recordaba que las primeras unidades monetarias habrían sido introducidas en Roma por Servio Tulio y que recibieron la denominación general de *pecunia* debido al hecho de que llevaban acuñada la imagen de animales (*pecus*)³⁹.

Plin. Maior, *Nat. hist.* 33.43: *Servius rex primus signavit aes. Antea rudi usos Romae Timaeus tradit. Signatum est nota pecudum, unde et pecunia appellata. Maximus census CXX assium fuit illo rege, et ideo haec prima classis.*

criticada por autores como GUARINO, A., «Storia di cose e storia di parole», en *Index*, 3 (1972), pp. 549 ss.; GNOLI, F., «Di una recente ipotesi sui rapporti tra *pecus*, *pecunia*, *peculium*», en *SDHI*, 44 (1978), pp. 204-218, quienes han destacado que no parece lógico desde el punto de vista filológico que el significado concreto de *pecunia* en relación con los animales de tiro y carga pueda derivarse de un sentido abstracto de *pecunia* como riqueza mobiliaria. Pero además han señalado que esta teoría tampoco tiene en cuenta muchos de los principales condicionamientos sociales y económicos que resultan indispensables para entender la realidad en la época antigua.

³⁷ SACCHI, O., *Il mito del pìus agricola*, cit., p. 253.

³⁸ CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Diritto e potere nella storia di Roma* (Nápoles, 2007), p. 48.

³⁹ Posiblemente estas primeras unidades monetarias, que en realidad eran lingotes de bronce con forma rectangular, pesaban una libra y recibían la denominación de *aes signatum*, representaban figuras de distintos animales - como el buey, el carnero, el cerdo o la oveja - para representar el valor de cambio que primitivamente tenía cada uno de ellos.

A partir de la asociación con las monedas, cabe pensar que con el desarrollo de la actividad comercial experimentada por la sociedad romana, el significado de *pecunia* habría experimentado una progresiva expansión hasta consolidarse como sinónimo de los bienes destinados al intercambio comercial y, en especial, el dinero. De esta forma, durante la época antigua el término no aparece contrapuesto a la *familia*, sino que aludía a una parte del patrimonio familiar que se destinaba a las transacciones comerciales, es decir, la noción de *pecunia* formaba parte de la *familia*. En la ley de las XII Tablas se había utilizado el término *familia* para designar el objeto de la *hereditas* en su totalidad, mientras que la *pecunia* aludiría a una parte concreta del mismo⁴⁰.

Ahora bien, la progresiva tendencia a estimar los bienes patrimoniales en dinero debido a la paulatina mercantilización de la economía romana posiblemente generó que la palabra *pecunia* se terminase utilizando en época clásica para hacer referencia al patrimonio doméstico en todo su conjunto. Esta nueva acepción se encuentra reflejada en diversas regulaciones de época mucho más avanzada⁴¹, así como en distintas obras de naturaleza literaria de finales del período republicano⁴², entre las que destaca la famosa definición de *hereditas* expuesta por Cicerón:

Cic., *Topica* 29: “*Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. Nondum est satis; adde: nec ea aut legata testamento aut possessione retenta*”.

⁴⁰ VOGLI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 24, se muestra taxativo al respecto cuando afirma que “tra *familia* e *pecunia* non c’è pertanto contrapposizione: la *pecunia* è parte della *familia*, e così si spiega che le XII tavole possano indicare l’oggetto della successione solo con *familia*”.

⁴¹ La palabra *pecunia* aparece empleada para hacer referencia al patrimonio en su totalidad en la *lex Osca tabulae Bantinae* (Riccobonno, *Fontes* 1.164; Bruns, *Fontes* pp. 48-53), donde se emplea hasta en tres ocasiones en relación con la posibilidad de imponer una multa en la *minor pars* del patrimonio, que en estas disposiciones recibe la denominación de *eitua*. Con el mismo sentido, se utiliza este término también en la *lex Acilia repetundarum*: *de una fami[l]ia unum neve eum [legat edatve quei pecuniae captae condemnatus est erit aut quod cum eo lege Calpu]rnia aut lege Iunia* (CIL 1.583; Riccobonno, *Fontes* 1.96-98) y en la *lex Julia municipalis*: (...) *rationem pecuniae ex formula census, quae Romae ab eo, qui tum censum/ populi acturus erit, proposita erit, a ieis iurateis accipito* (CIL 1.593; Riccobonno, *Fontes* 1.151). Por último, todavía queda constancia de que en la rúbrica LXXI de la *lex coloniae Juliae Genetivae seu Ursonensis* se utilizaba la palabra *pecunia* para referirse a la cantidad económica que los duunviros podían gastar, tanto personalmente como tomando ese dinero de las arcas públicas, para sufragar la celebración de espectáculos de gladiadores o espectáculos dramáticos en honor de Jupiter, Juno y Minerva (CIL 2.5.1022; Riccobonno, *Fontes* 1.183).

⁴² Cic., *pro Rosc. am.* 2.6: *in alienam pecuniam invadere*; *eod.* 3.7: *ut pecunia fortunisque nostris contentus sit*; *De dom.* 13.35: *heres nominis, pecuniae, sacrorum*; Liv. 29.31.7: *Familiae aliquot cum mapalibus pecoribusque suis - ea pecunia illis est - persecuti sunt regem*.

Una vez analizada la evolución semántica del término *pecunia*, debemos centrar de nuevo nuestra atención en el origen de la expresión “*familia pecuniaque*” contenida en la versión de la norma decenviral sobre el “*uti legassit*” que recuerdan Cicerón y el autor de la *Rhetorica ad Herennium*⁴³. A partir del testimonio de Catón⁴⁴, se ha tendido a interpretar que con esta locución se aludía al conjunto de los esclavos y las bestias que se encontraban bajo el *dominium* de un mismo *pater familias*, de forma que la expresión sería el resultado de la fusión entre los términos *familia* y *pecunia*⁴⁵.

Sin embargo, esta teoría se fundamenta en una contraposición que de haberse producido nunca habría tenido lugar en época decenviral. Como acabamos de analizar, la palabra *pecunia* originariamente se refería a los distintos elementos empleados como unidad económica en los intercambios comerciales, pero en ningún momento podía entenderse como una categoría contrapuesta a la noción de *familia*, sino que hacía referencia a una parte concreta del patrimonio doméstico familiar. La *familia* estaba compuesta por todos aquellos bienes y personas que, de una u otra forma, aparecían vinculados a la comunidad doméstica y de los que evidentemente también podrían haber formado parte los bienes muebles intercambiables.

Únicamente se puede admitir que llegase a existir una cierta contraposición ente estos dos conceptos con posterioridad. Como hemos indicado anteriormente, a medida que surgieron nuevos términos para referirse a la concepción de patrimonio familiar en un sentido más técnico, la palabra *familia* aparece vinculada a los esclavos. En ese contexto, cabría la posibilidad de distinguir entre la *pecunia* como conjunto de animales destinados al intercambio comercial y la *familia* como grupo de esclavos. La expresión *familia pecuniaque* podría haber designado entonces a todos los bienes intercambiables que formaban parte de un patrimonio doméstico.

Sin embargo, el término *familia pecuniaque* no podía presentar ese significado en época decenviral. Descartada esa posibilidad, la interpretación más plausible es que

⁴³ Sobre esta versión de XII Tab. 5.3, *vid. infra* capítulo V apartado 2.2.1.

⁴⁴ Cato, *de agric.* 149.2: *Si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitratur res solvetur; donecum pecuniam solverit aut satisfecerit, aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt.*

⁴⁵ Se trata de una posición defendida en los últimos tiempos por ZLINSKY, J., «*Familia pecuniaque*», en *Index*, 16 (1988), pp. 39 ss., que mantiene que esta construcción presentaba un valor semántico doble, en relación a los esclavos y los animales, como consecuencia de que la sociedad romana arcaica estaba compuesta por ciudadanos latinos que se dedicaban principalmente al pastoreo y ciudadanos sabinos encargados tradicionalmente de las actividades agrícolas.

esta locución surgiese como resultado de una construcción aclarativa⁴⁶ que en realidad no añadía ningún valor adicional al sentido patrimonial de *familia*⁴⁷. Así parece desprenderse de la primera utilización jurídica del vocablo, que de acuerdo con el testimonio de Gayo se correspondía con la fórmula ritual que debía recitar el *emptor familiae* para concluir el acto de la *mancipatio familiae*.

Gai. 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; In qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA.*

Como se puede observar, *familia pecuniaque* se identifica en este texto con el patrimonio global que pertenece al *pater familias* y es susceptible de transmisión con fines sucesorios a través de la *mancipatio familiae*. En este sentido, parece que hacía referencia a la noción de patrimonio doméstico que antiguamente era designada como *familia*. Con esta misma carga semántica, la expresión también se encuentra recogida en otros fragmentos de época clásica en los que la *familia pecuniaque* se utiliza tanto para referirse al patrimonio doméstico como en oposición a la *pecunia*⁴⁸.

⁴⁶ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 24, destaca la tendencia de los romanos a describir una cosa en el todo y en la parte, con el fin de precisar su significado.

⁴⁷ Comparten este punto de vista, entre otros, ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 258 ss.; DILIBERTO, O., *Studi sulle origini della 'cura furiosi'* (Nápoles, 1984), p. 51; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 170; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 718.

⁴⁸ Esta utilización se percibe con claridad en la obra de Cicerón, donde se utiliza el término en sentido patrimonial al afirmar que “*Censoris populi aevitates suboles familias pecuniasque censeo*” (*De leg.* 3.3.7) o cuando se contrapone a la noción de *familia*: “*Quid? cum Gabinio Syria dabatur, Macedonia Pisoni, utrique infinitum imperium, ingens pecunia, ut tibi omnia permetterent, te adiuverent, tibi manum, copias, tibi suos spectatos centuriones, tibi pecuniam, tibi familias compararent*” (*De domo* 21.55); por su parte, Suetonio alude al *emptor familiae pecuniaque* de Augusto (*Nero.* 4.1); en un sentido también complementario Tácito parece distinguir entre la *pecunia* y la *familia* que se le asignarían a Germánico, el hijo de Vespasiano cuando señala que “*Nunc pecuniam et familiam et beatos Campaniae sinus promitti*” (*Hist.* 3.66), pero también utiliza la expresión *familia pecuniaque* para referirse de manera conjunta al patrimonio del que se había apoderado Antonio Primo (*Hist.* 4.2); nuevamente se encuentra la contraposición entre la *familia* y la *pecunia* en un texto de Petronio en que alude al cargamento de los barcos que vienen de África: “*Ex Africa navis, ut promiseras, cum pecunia tua et familia non venit*” (*Satyr.*, 141.1); todavía encontramos referencias en la obra de Aulo Gelio al término *familia pecunia* (*Noct. Att.* 1.9.12) o *familia pecuniaque* (*Noct. Att.* 2.24.11; 16.10.11).

Esta constatación nos lleva a preguntarnos acerca del momento en que habría surgido el término, lo que en realidad supone plantear la cuestión de si la *familia pecuniaque* aparecía en la fórmula original de la *mancipatio familiae* o, por el contrario, se trataba de una inclusión posterior⁴⁹.

A este respecto, cabe destacar que mientras que la palabra *familia* en sentido patrimonial aparece mencionada en las fuentes antiguas con cierta asiduidad, no hay ninguna constancia documental de que durante la época antigua se hubiera utilizado de forma habitual la expresión *familia pecuniaque*. No sólo no aparece en las disposiciones decenvirales que conocemos, sino que además tampoco existe rastro de esta expresión en ninguna de las fuentes de época antigua que se conservan.

Por otra parte, si bien Gayo refleja que la locución se mencionaba de manera expresa al realizar la *mancipatio familiae*, lo cierto es que el jurista no vuelve a hacer referencia a este término cuando se ocupa de la regulación aplicable al testamento libral en época antigua⁵⁰. De esta forma, señala que debía ser un *amico familiam* (2.102) el que ocupara la posición de *familiae emptor* con la finalidad de que este *olim a testatore familiam accipiebat mancipio* (2.103). Todas son alusiones a la *familia*, en ningún caso se aludía a la *pecunia* o la *familia pecuniaque*.

En realidad, la expresión *familia pecuniaque* tan solo aparece referida a la época antigua en la obra de Gayo y en las distintas versiones retóricas sobre las disposiciones decenvirales que regulaban el fenómeno sucesorio. Por ese motivo, todo induce a pensar que se trataba de una construcción elaborada en época republicana avanzada con la finalidad de designar de manera unitaria tanto a los elementos que, de una u otra forma, prestaban un servicio a la comunidad (*familia*), como al resto de bienes fungibles que se utilizaban frecuentemente en las transacciones comerciales (*pecunia*). De esta forma, parece razonable que originariamente la fórmula de la *mancipatio familiae* contuviera el término *familia*, pero que como consecuencia de la evolución terminológica hubiera sido sustituida por la nueva expresión *familia pecuniaque*.

⁴⁹ Entre los autores que dudan de la genuinidad de la expresión “*familia pecuniaque*” se encuentran ALBERTARIO, E., «Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio», en *RIL*, 49 (1926), pp. 3 ss. (= *Studi di diritto romano*, vol. V. *Storia metodologia esegesi* (Milán, 1937), pp. 451 ss.); VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 25 ss.; BREONE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 36 ss.; ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., pp. 39 ss.; SACCHI, O., *Il mito del pius agricola*, cit., pp. 264 ss.

⁵⁰ ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 42.

A pesar de que resulta ciertamente complicado precisar la fecha en que podría haberse producido esta sustitución, algunos autores han conjeturado que la aparición de la locución *familia pecuniaque* podría estar directamente relacionada con la publicación de la *Tripertita*. En este sentido, resulta factible tanto que fuera el propio Sesto Elio quien a comienzos del siglo II a.C.⁵¹ elaborase la expresión para adaptar el contenido de las disposiciones decenvirales al lenguaje de su tiempo⁵², como que la locución fuese elaborada como resultado de fusionar el tenor original de la disposición decenviral sobre el “*uti legassit*” y la fórmula redactada en la *mancipatio familiae*, sobre la base de una obra que hubiera recogido ambos textos, es decir, sobre la base de la *Tripertita*⁵³.

A nuestro parecer, lo que puede concluirse con seguridad a la luz del contenido de las fuentes anteriormente expuestas en este capítulo, es lo siguiente:

1. La ley decenviral emplea los términos *familia* y *pecunia* en relación con el objeto de la *hereditas*, pero mientras que bajo la primera denominación se encuadran todos los bienes materiales que componen el patrimonio familiar, el origen de la palabra *pecunia* se encuentra asociado al ganado y, posteriormente, también a los bienes muebles que se utilizaban en los intercambios comerciales. Esto explica que en época decenviral solo se utilizase, como veremos en los siguientes apartados⁵⁴, el término *familia* para referirse al objeto de la *hereditas* en sentido estricto.

2. No obstante, a lo largo del presente apartado hemos reconstruido la posible evolución semántica de la palabra *pecunia* a tenor de diversas fuentes de época antigua en que aparece recogido el término. Si bien originariamente se utilizaba para designar al ganado, con el paso del tiempo su significado se extendió conforme a la monetarización de la economía romana: primero pasó a designar al dinero, en cuanto que vino a sustituir a los animales como principal unidad de cambio en las relaciones comerciales, y con posterioridad alcanzó el significado de patrimonio doméstico en su conjunto.

⁵¹ D'IPPOLITO, F., *Forme giuridiche di Roma arcaica* (Nápoles, 1998), pp. 231 ss., utiliza como punto de partida las alabanzas vertidas por Ennio sobre la *Tripertita* para señalar que esta obra debió publicarse en torno al año 200 a.C., aunque posiblemente antes, y, desde luego, nunca con posterioridad a la muerte del propio Ennio acaecida en el año 169 a.C. Al respecto, BREONE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 19-20 afirma que «i *Tripertita* maturarono in un'atmosfera filo scipionica. Sesto Elio li scrisse poco prima, o non molto dopo, il suo consolato, che cade nel 198 a.C., l'anno della pretura di Catone».

⁵² SACCHI, O., *Il mito del pius agricola*, cit., pp. 268 ss.

⁵³ BREONE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 36 ss.

⁵⁴ Vid. *infra* capítulo V apartado 2.2.

3. No existen fuentes que acrediten la utilización del término *familia pecuniaque* hasta el desarrollo de la institución de la *mancipatio familiae* operado por la jurisprudencia en época postedecenviral. Por lo tanto, es casi seguro que el término no se encontraba recogido en la ley de las XII Tablas⁵⁵, sino que muy posiblemente se trataría de una expresión surgida a finales de la época antigua con el fin de actualizar el lenguaje decenviral a las circunstancias de la época. A pesar de que sin duda se refiere al objeto patrimonial en que consiste el negocio mancipatorio con fines sucesorios, realmente es difícil precisar el alcance exacto del término.

4. En todo caso, la doctrina se muestra unánime a la hora de considerar que las tres locuciones finalmente se habrían utilizado casi de forma indistinta para denominar el mismo objeto, esto es, el patrimonio familiar⁵⁶.

⁵⁵ FRANCIOSI, G., «La versione retorica e la versione giuridica di disposizione delle XII Tavole», en *Ius Antiquum*, 10 (2002), p. 2, señala que la expresión se utilizaba con anterioridad a la publicación de la ley decenviral. A este respecto cita a GUARINO, A., «Notazioni romanistiche. 2. La lex XII tabularum e la tutela», en *St. Solazzi* (1948), p. 35, quien afirma que el término es inexplicable para el Derecho clásico y perfectamente acorde con el Derecho arcaico.

⁵⁶ PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 171.

1.4. OTROS ELEMENTOS QUE SE TRANSMITEN CON LA *HEREDITAS*

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, la noción de *hereditas* se habría desarrollado tomando como fundamento la transmisión del patrimonio familiar que se producía a la muerte del *pater familias*. Los destinatarios de ese patrimonio recibían la calificación de *heredes*, pues en el patrimonio familiar transmitido cobraban especial relevancia los terrenos que conformaban el *heredium*. A partir de esa asociación inicial, parece que el fenómeno hereditario habría ido ampliando su objeto hasta englobar una *universitas* que comprendía todo un conjunto unitario de *corpora e iura*.

De esta forma, aunque inicialmente la *hereditas* solo habría afectado a elementos de carácter patrimonial, que siempre fueron el símbolo más visible de su existencia, con el tiempo su objeto se habría extendido a todas aquellas relaciones jurídicas transmisibles que ostentaba el *pater familias*. Únicamente quedarían excluidas las relaciones privadas del difunto que fueran intransmisibles como las potestades familiares, las situaciones de hecho o los derechos y obligaciones de carácter personalísimo⁵⁷.

Ahora bien, aparte de todas estas relaciones excluidas de la sucesión hereditaria, en época arcaica también se contemplaban otros elementos de carácter incorporal que se transmitían en paralelo con la sucesión hereditaria. Se trata de relaciones transmisibles, pero que, sin embargo, no presentaban un carácter propiamente patrimonial como podían ser el derecho de patronato u otros elementos familiares de naturaleza religiosa como los denominados *sacra privata* o el *ius sepulchri*.

Con respecto al patronato, a partir del acto de manumisión del antiguo esclavo⁵⁸, el dueño adquiría la condición de patrono del nuevo liberto. De esta relación personal surgían diversos efectos jurídicos para ambas partes: mientras que el patrono tenía la obligación de prestar protección y ayuda a sus libertos, lo que en términos ordinarios se concretaba en la obligación de prestar asistencia y alimentos para su subsistencia, por su parte, los libertos presentaban un deber moral de reverencia y estaban obligados a prestar los servicios que hubieran prometido (*operae liberti*) a su patrono⁵⁹.

⁵⁷ BIONDI, B., *Obbietto dell'antica hereditas*, cit., pp. 152 ss.

⁵⁸ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., p. 160, mantenía que la única forma de manumisión conocida durante la época decenviral era a través de un acto *inter vivos*.

⁵⁹ WACKE, A., «Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht», en ZSS, 99 (1982), pp. 208 ss.; WALDSTEIN, W., *Operae libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven* (Stuttgart, 1986), pp. 181 ss.

Sin embargo, lo más relevante a nuestros efectos son las expectativas hereditarias que tenía el patrono sobre los bienes patrimoniales del liberto, en el caso de que éste falleciese sin herederos legítimos. En este sentido, el derecho de patronato implicaba un vínculo de naturaleza personal que, en cierto sentido, se puede asemejar al parentesco agnaticio, pues los libertos entraban a formar parte de la clientela de la *gens* a la que pertenecía su patrono⁶⁰. Al tratarse de una relación de carácter eminentemente personal, el patronato no se extendía sobre la descendencia del liberto, pero esta relación jurídica sí se transmitía por sucesión a los descendientes del patrono.

La transmisión en favor de los descendientes se debía a que al no presentar un carácter propiamente patrimonial, el derecho de patronato no podía considerarse parte integrante de la *hereditas* y, en consecuencia, no se transmitía por cauces estrictamente hereditarios, sino en función de las relaciones de parentesco agnaticio. En consecuencia, se trataba de un derecho que se transmitía en favor de los descendientes del patrono, independientemente de que ostentaran la condición de herederos.

Bajo la denominación de *sacra familiaria* se aludía genéricamente al conjunto de cultos religiosos de carácter familiar que, en contraposición a las ceremonias públicas⁶¹, se realizaban dentro del hogar y eran oficiados por el *pater familias*. Dentro de estos se distinguía entre los *sacra familiaria*, que eran rituales sacramentales propios de cada agrupación familiar, y los *sacra gentilicia*, que eran los cultos domésticos compartidos por todos los miembros de una misma *gens*⁶².

⁶⁰ En relación con esta consideración, ya hemos explicado que la ley de las XII Tablas recogía en su tenor literal la expresión “*ex ea familia*” inquit “*in ea familia*” (Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.1), que solo puede ser interpretado como parte de una disposición que regulaba la sucesión hereditaria de los libertos de forma simétrica a la regulación que se aplicaba a los ingenuos.

⁶¹ En este sentido, resulta muy clarificadora la división trazada por Festo, *de verb. sign.* s.v. *publica sacra* (L. 284): *Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curis, sacellis, at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.*

⁶² Los *sacra gentilicia* constituyen un culto más amplio que los *sacra familiaria*, pues aparecen ligados a la comunidad gentilicia. Junto con la identidad del *nomen*, el culto representaba el otro gran elemento unificador de la *gens*. De acuerdo con el testimonio de Festo (466 L.), en determinadas fechas fijas, todos los miembros del clan gentilicio se reunían para honrar a los antepasados comunes en un lugar de referencia común. En estas ocasiones, se elegía un sacerdote temporal o *flamen* entre los distintos *pater familias* presentes ante el sepulcro, para que oficiase la ceremonia. Como es lógico, el culto de los *sacra gentilicia* fue desapareciendo cuando el sistema organizativo de la *gens* empezó a caer en desuso. Cfr. ALBERTARIO, E., *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, en *Il Filangieri*, 35 (1910), pp. 492 ss. (= *Studi di diritto romano* II (Milán, 1941), pp. 1 ss.); MAIURI, A., *Sacra privata. Rituali domestici e istituti giuridici in Roma antica* (Roma, 2013), pp. 19 ss.

En origen, las primeras formas de culto religioso romano aparecen circunscritas al ámbito doméstico⁶³. Dentro de los llamados *sacra familiaria* se diferenciaba entre los *lares*, que representaban a los fundadores de la familia encargados de proteger la casa, los *penates*, que garantizaban la abundancia económica para la comunidad familiar⁶⁴, y los *manes*, que mantenían presente el recuerdo de los familiares fallecidos a través de ritos de adoración en el sepulcro familiar⁶⁵, pues existía la creencia generalizada de que los difuntos recibían mayor dignidad divina si eran más homenajeados por sus parientes vivos, quiénes confiaban en que la veneración de sus ascendientes pudiera propiciarles protección y beneficios para el bienestar de la familia⁶⁶.

El culto privado de todas estas deidades y antepasados familiares se mantenía gracias a la creencia romana de que los dioses y los difuntos tenían capacidad para influir de manera decisiva en las actividades cotidianas de las personas. Esto explica no solo que estos ritos se cumplieran de manera escrupulosa y perpetúa⁶⁷, sino que también desde la época arcaica las familias se asegurasen de garantizar la continuidad del culto familiar tras la muerte del *pater familias* que se encargaba de los *sacra privata*⁶⁸.

Ahora bien, al igual que sucedía con el derecho de patronato, todos estos rituales de naturaleza religiosa no podían formar parte de la *hereditas*, pues no tenían entidad propiamente patrimonial. Por ese motivo, resulta razonable pensar que desde el primer momento también se transmitiesen en favor de los familiares más cercanos al difunto *pater familias*, independientemente de que estos ostentasen la condición de herederos, pues así se garantizaría la continuidad de los *sacra familiaria*.

⁶³ DE MARCHI, A., *Il culto privato di Roma Antica, I. La religione nella vita domestica* (Milán, 1903, reimp. 2003), p. 21.

⁶⁴ Por ese motivo, las representaciones de los *penates* siempre se encontraban situadas en las zonas más interiores de la casa, es decir, en aquellos lugares donde se almacenaban los suministros necesarios para alimentar al grupo familiar. Precisamente de la calificación de esas despensas como “*penus*” es de donde proviene la denominación de estas divinidades.

⁶⁵ Cic., *de leg.* 2.22.55: *Maiores eos qui ex hac vita migrassent in deorum numero esse voluissent.*

⁶⁶ MAIURI, A., *Sacra privata*, cit., p. 34, recuerda que se puede hablar de tres grandes principios del culto familiar: veneración personal y unitaria a un único conjunto de dioses familiares, ejercicio de los ritos religiosos reservado a varones y exclusión de terceras personas ajenas a la familia.

⁶⁷ Cic., *de legibus* 2.19.47: *Cur igitur haec tanta facimus, cum cetera perparva sint, de sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur, et ut in lege posui perpetua sint sacra?*

⁶⁸ El abandono de un culto familiar conllevaba consecuencias muy graves para la familia, como pone de manifiesto Cicerón cuando reprocha duramente a Clodio que se haya dejado adoptar por una familia plebeya, abandonando así los *sacra* de su *gens*, de la cual era el último representante: *Quid? sacra Clodiae gentis cur intereunt, quod in te est?* (Cic., *de domo sua* 35).

La obligación de continuar con los ritos familiares correspondería habitualmente a los descendientes del *pater familias*, que en principio cabe pensar que tendrían mayor interés por mantener vivo el recuerdo de sus antepasados. Si bien esta forma de delación debió funcionar adecuadamente durante la época arcaica, a partir del siglo IV a.C. se comienza a evidenciar un creciente abandono de las tradiciones familiares y una menor influencia del componente religioso en la sociedad romana. El desarrollo económico y las transformaciones sociales que se producen en época postdecenviral concentran la atención en el comercio y las relaciones mercantiles, en las que prevalece lo patrimonial sobre las antiguas costumbres familiares y ritos de carácter religioso.

Estas nuevas circunstancias debieron dar lugar a la generalización de supuestos en los que los sucesores hereditarios solo se preocupaban por los bienes patrimoniales del causante, sin que nadie, bien por desinterés o bien por ausencia de descendientes, se hiciera cargo de los *sacra privata*. En respuesta a esta preocupante situación, Cicerón recuerda que desde el Colegio de Pontífices se impulsaron dos grandes reformas para vincular la obligación de atender los *sacra familiaria* con la adquisición del patrimonio familiar en virtud de la sucesión hereditaria⁶⁹.

La primera de estas disposiciones, introducida muy posiblemente durante el pontificado de Tiberio Coruncanio en el siglo III a.C.⁷⁰, reconoce el principio general en virtud del cual el sujeto que hubiera sido designado como heredero debía ocuparse también de los *sacra privata*. La segunda reforma se sitúa en el pontificado de Publio Mucio Escévola⁷¹, quién aumentó el número de sucesores obligadas a encargarse de los *sacra privata* en caso de sucesión testamentaria⁷².

⁶⁹ Cic., de leg. 2.19.48: *Hoc posito haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit.*

⁷⁰ Como afirma MAIURI, A., *Sacra privata*, cit., p. 112, la mayor parte de la doctrina considera más probable que fuese promulgada en ese momento, aunque autores como BIONDI, B., *Diritto ereditario*, cit., p. 68, o PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p.172, sitúan el siglo IV a.C. como período más probable de aparición de esta norma de origen pontifical.

⁷¹ Publio Mucio Escévola fue elegido Máximo Pontífice en el año 130 a. C., reemplazando en el cargo a su hermano Publio Licinio Craso Dives Muciano.

⁷² Esta segunda reforma contemplaba tres posibles casos en los que se aclaraba que beneficiario de la *hereditas* debía ocuparse de los *sacra privata*. En primer lugar, correspondía esta responsabilidad al legatario o donatario que recibía una cuota similar a la de un heredero. En segundo lugar, se recogía el supuesto de ausencia de herederos, en cuyo caso el culto religioso recaía sobre el usucapiente *pro herede* o el *bonorum possessor*. Y, en última instancia, se hacía cargo de los *sacra privata* el deudor del difunto que no hubiera saldado sus deudas antes del fallecimiento.

La necesidad de estas reformas pone de manifiesto que con el paso del tiempo las obligaciones asociadas a los *sacra familiaria* se concebían como una carga, de forma que fue necesario incentivar esta antigua obligación familiar a través de su asociación con la transmisión del patrimonio familiar. Ahora bien, esta modificación evidencia que antiguamente la atención de los *sacra familiaria* no estaba vinculada con la condición de sucesores hereditarios, sino que correspondía a los descendientes del *pater familias*, en cuanto que eran sus parientes agnados más cercanos.

En términos similares parece haber evolucionado el denominado *ius sepulchri*, que consistía en el derecho a enterrar y poder ser enterrado en un sepulcro que pertenecía a la familia y tenía la consideración de lugar sacro⁷³. Dado que las sepulturas recibían la consideración de *res extra commercium*, no formaban parte de la *hereditas* y, en consecuencia, el *ius sepulchri* se transmitía en función de una sucesión familiar más que una sucesión estrictamente hereditaria⁷⁴.

Solo por este motivo se explica que durante la época clásica se distinga entre los llamados *sepulchra familiaria*, reservados a los miembros de la comunidad familiar, y los *sepulchra hereditaria*, que correspondían a los herederos⁷⁵. Mientras que la noción de sepulcro familiar responde a la delación original en favor de los descendientes del *pater familias*, fueran o no sus herederos, la aparición de los sepulcros hereditarios responde a una concepción patrimonialista del *ius sepulchri*⁷⁶. Al igual que sucedía con los *sacra familiaria*, esta nueva modalidad de sepulcros hereditarios evidenciaba la ruptura con el antiguo exclusivismo religioso del mundo familiar y la aparición de un nuevo régimen que se consolidaría en época clásica.

⁷³ El hecho de que el sepulcro estuviera situado en un fundo privado perteneciente a la familia del difunto implicaba un signo de continuidad familiar, como pone de manifiesto Cic., *de off.* 1.55: *Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, eisdem uti sacris, sepulchra habere communia*.

⁷⁴ A este respecto, MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 586 afirma que “questo *ius* – inalienabile e non usucapibile come la *res religiosa* che ne era oggetto – con la morte del titolare si trasmetteva dapprima ai soli discendenti appartenenti alla famiglia”.

⁷⁵ Gayo, *19 ad Ed.*, D. 11.7.5: *Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit*. Para profundizar sobre esta diferenciación, vid. ALBERTARIO, E., *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, cit., pp. 3 ss.

⁷⁶ En este sentido, IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 228, señala que mientras el sepulcro quedaba excluido del tráfico jurídico, el *ius sepulchri* comprendía algunas facultades de contenido económico y resultaba susceptible de enajenación. De esta forma, BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 172, recuerda que “tale diritto è trasmissibile secondo la destinazione imposta al sepolcro dal suo fondatore: si distinguono in proposito *sepulchra familiaria*, costituiti per il fondatore e i suoi agnati, a esclusione quindi degli eredi estranei, e *sepulchra hereditaria*, costituiti per il fondatore e i suoi eredi”.

De esta manera, se distinguían dos claras vertientes sucesorias: por un lado, los bienes patrimoniales que componían la *familia* otorgaban la condición de heredero a la persona que los recibía, mientras que de los elementos extrapatrimoniales que también formaban parte de la *familia* debían ocuparse los parientes más cercanos al causante. Ahora bien, en época arcaica estas dos vertientes encontraban su punto de encuentro en la figura del *suus heres*, que recibía la *hereditas* en tanto que *heres*, pero se hacía cargo de esos otros elementos extrapatrimoniales dada su condición de *suus*⁷⁷.

Con respecto a la tutela sucedía algo parecido, pues a pesar de que conllevaba ciertas expectativas de carácter patrimonial, al mismo tiempo, se trataba de una figura jurídica de naturaleza netamente familiar. Por ese motivo, desde el primer momento las funciones tutelares parecen encomendarse a los herederos originarios. Con el objetivo de determinar quiénes ostentaban esta condición a lo largo de la época antigua y, por tanto, a quien correspondía el cargo de tutor, en los próximos apartados vamos a centrar toda nuestra atención en la ordenación jurídica romana más antigua que se conserva en relación con el fenómeno sucesorio, esto es, en la ley de las XII Tablas.

⁷⁷ CASINOS MORA, F. J., *De Hereditatis Petitione*, cit., p. 25.

2. EL SISTEMA DE SUCESIÓN HEREDITARIA ESTABLECIDO EN LAS XII TABLAS

2.1. LA REDACCIÓN DECENVIRAL COMO PUNTO DE PARTIDA

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo anterior, sabemos que la aparición de la institución tutelar durante la época antigua respondía a la necesidad de asegurar la continuidad familiar. Cuando se producía el fallecimiento de un *pater familias*, existía el riesgo de que el patrimonio familiar recayese en manos de personas consideradas incapaces de realizar una gestión efectiva del mismo. En estos casos, se reconocían una serie de facultades en favor de la persona designada como tutor con la finalidad de que este pudiera asegurar la conservación del patrimonio familiar.

El hecho de que esta designación se produjera a consecuencia de la muerte del *pater familias*, explica que desde el primer momento la tutela se articulase conforme a las normas que regulaban la sucesión hereditaria. De esta forma, originariamente se percibe una evidente vinculación entre las primeras formas de nombramientos tutelares y el sistema de delaciones a la sucesión hereditaria.

La primera regulación ordenada del fenómeno sucesorio parece que se recogió en la ley de las XII Tablas⁷⁸, que, como sabemos, representa el primer gran hito en la historia jurídica romana. En este sentido, la norma decenviral supuso un avance decisivo en el desarrollo jurídico y social de Roma, pues su promulgación conllevaba la publicación de un conjunto de disposiciones escritas, socialmente legitimadas y que garantizaban la aplicación general para todos los ciudadanos.

Ahora bien, al mismo tiempo que representaba una regulación innovadora en el ámbito formal, la norma decenviral hundía sus raíces en el derecho consuetudinario de época arcaica, pues el contenido principal de las XII Tablas recogía fundamentalmente instituciones procedentes de los *mores* tradicionales⁷⁹. De esta forma, la ley de las XII Tablas representaba el punto de encuentro entre dos mundos: por un lado recogía los vestigios de una época casi desconocida, al mismo tiempo que constituía el punto de partida de una nueva concepción del Derecho⁸⁰.

⁷⁸ Como es sabido, las fuentes romanas sitúan la redacción de la ley de las XII Tablas entre los años 451 y 449 a.C. (Liv. 3.9-57; Dion. Hal. 10.1-60).

⁷⁹ Posiblemente hubiera normas redactadas *ex novo* por las comisiones que elaboraron las tablas, pero la gran trascendencia de la ley radica más en su publicación formal que en el contenido material.

⁸⁰ D'ORTA, M., *Saggio sulla heredis institutio. Problemi di origine* (Turín, 1996), p. 36.

Ahora bien, uno de los principales obstáculos a la hora de poder analizar los preceptos decenvirales es que el contenido original de las XII Tablas no ha llegado hasta nosotros salvo en aspectos mínimos. En general, se acepta el hecho de que las tablas genuinas se destruyeron durante el incendio que sufrió la ciudad de Roma en torno al año 390 a.C.⁸¹. Se cree que a partir de ese momento el texto decenviral no fue reproducido, sino que se transmitió de generación en generación de forma oral⁸².

Las reconstrucciones modernas que se hicieron del texto se fundamentaron en fuentes tanto jurídicas como literarias, en su mayoría procedentes de autores clásicos que escribieron acerca del contenido de las XII Tablas. La enorme distancia temporal que separa a muchos de estos autores de la obra original hace que mostrasen una gran cautela a la hora de comentar o interpretar las instituciones jurídicas arcaicas. A pesar de que conocemos parte de sus disposiciones, no es descartable que estas no concuerden con el tenor original de la ley, lo que complica aún más realizar un juicio riguroso sobre las instituciones romanas de esa época⁸³.

Siendo conscientes de estas importantes limitaciones, el objetivo del presente capítulo busca identificar los principales rasgos de la regulación sucesoria originaria a partir de la interpretación de los preceptos decenvirales. En concreto, nuestra atención se debe centrar en varios preceptos recogidos en la quinta tabla, que presumiblemente exponían el orden sucesorio que tradicionalmente regía en Roma.

Sin embargo, no se trataba ni mucho menos de una exposición exhaustiva, pues los fragmentos conservados sólo perfilan las directrices generales que debían aplicarse para determinar qué personas se ocupaban de la *hereditas* familiar. De hecho, la ambigüedad de esta regulación en la ley decenviral ha sido la causante de que se hayan generado todo tipo de hipótesis en torno al orden de prevalencia de las distintas delaciones hereditarias y la naturaleza de las mismas. Se trata de una cuestión que ha sido ampliamente debatida en el seno de la doctrina, sin que todavía a día de hoy se pueda reconocer una posición unánimemente aceptada.

⁸¹ En general, se acepta que la destrucción de las XII Tablas se produjo como consecuencia del incendio de la ciudad por parte de los galos, que de acuerdo con el testimonio de Liv. 5.39-42, saquearon y quemaron la ciudad tras haberse impuesto al ejército romano en la batalla de Alia.

⁸² Cic., *de leg.* 2.4.9 y 2.23.59, afirmaba que aún a principios del siglo I a.C. los niños romanos recitaban de memoria los preceptos decenvirales como parte de su educación.

⁸³ GUARINO, A., *L'ordinamento giuridico romano* (Nápoles, 1990), pp. 226 y 227.

En los próximos epígrafes se intentará arrojar algo de luz acerca de la primera regulación civil del derecho de sucesiones romano. A partir de las conclusiones que se han obtenido en el capítulo anterior, creemos estar en disposición de poder analizar las tres principales disposiciones del texto decenviral sobre el particular y, de este modo, intentar dar solución a las cuestiones que la doctrina se ha planteado tradicionalmente respecto al Derecho romano sucesorio en época decenviral.

Para lograr este cometido comenzaremos analizando por separado cada una de las versiones que se conservan de las tres principales disposiciones decenvirales sobre el fenómeno sucesorio, para que una vez aclarada la más probable formulación original de las mismas, se puedan comprender las líneas directrices que originariamente articulaban la sucesión hereditaria y cuál era su relación con la tutela. Estamos haciendo referencia a las disposiciones decenvirales contenidas en XII Tablas 5.3, 5.4 y 5.5.

2.2. *UTI LEGASSIT... ITA IUS ESTO*: LAS DIFERENTES VERSIONES DE XII TAB. 5.3

La norma decenviral relativa al “*uti legassit*”, convencionalmente recogida en la tercera disposición de la quinta tabla, ha sido objeto de intensas discusiones en el seno de la doctrina romanística⁸⁴. Sin embargo, las numerosas investigaciones acerca de su formulación original, que en esencia pretenden explicar cuáles eran las líneas directrices de la primera ordenación del sistema sucesorio romano⁸⁵, no han permitido llegar a una conclusión definitiva sobre el sentido originario de la norma.

El primero de los problemas que se plantea a la hora de analizar el contenido de esta disposición decenviral es que se conocen diversas fuentes que recogen diferentes formulaciones sobre su posible redacción originaria. Con el fin de evitar una excesiva dispersión en el tratamiento de las diferentes versiones de la norma, en los siguientes apartados procuraremos seguir la ordenación propuesta por Bretone⁸⁶, que agrupó las distintas versiones en tres grandes grupos.

En el primero se encontraría la versión más reducida, que se puede encontrar en idénticos términos tanto en las Instituciones de Gayo como en un famoso pasaje de los comentarios a Quinto Mucio realizados por Pomponio⁸⁷.

Gai. 2.224 y Pomponio, 5 *ad Quintum Mucium*, D. 50.16.120: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*.

⁸⁴ El problema en torno al contenido y sentido original de esta disposición ha sido tratado en multitud de trabajos en los últimos años. Entre las contribuciones más destacadas en este ámbito se encuentran las obras de autores tan relevantes como VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 3 ss.; WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 291 nt. 26; GAUDEMET, J., «“*Uti legassit...*”: XII Tables 5,3», en *Hommages R. Schilling* (París, 1984), pp. 109 ss.; CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes*, cit., pp. 555-721; CANNATA, C. A., *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone* (Turín, 1997), pp. 85 ss.; BREZONE, M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura* (Roma-Bari, 1998), pp. 26-41; ALBANESE, B., «Osservazioni su XII Tab. 5,3 (*Uti legassit...*, *ita ius esto*)», en *AUPA*, 45.1 (1998), pp. 33-66; FRANCIOSI, G., La versione retorica e la versione giuridica, cit., pp. 2 ss.; ARCEN, P., «Riflessioni sulla norma “*uti legassit*” (Tab. V.3)», en *Rivista di Diritto Romano*, 4 (2004), pp. 1-26; ID., *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico* (Milán, 2013); TERRANOVA, F., *Ricerche sul testamentum per aes et libram* (Palermo, 2011), pp. 238 ss.; MANTOVANI, D., «Declamare le Dodici Tavole: una parafrasi di XII tab. V, 3 nella *declamatio minor* 264», en *Fundamina*, 20.2 (2014), pp. 597 ss.

⁸⁵ Tal es su trascendencia, que VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 11, define esta disposición decenviral como “la magna charta della successione testamentaria”.

⁸⁶ BREZONE, M., *I fondamenti del diritto romano*, cit., p. 26.

⁸⁷ En esta primera clasificación, Bretone también considera una formulación con ciertas alteraciones que aparece recogida en Nov. 22.2 pr.: *Uti legassit quisque de sua re, ita ius esto*.

La segunda versión, considerada como la más ajustada al texto original por la mayor parte de la doctrina, procede de *Tit. Ulp.* 11.14, aunque también aparece con una ligera modificación⁸⁸ en Paulo, *59 ad Ed.*, D. 50.16.53.

Tit. Ulp. 11.14 y Paulo, *59 ad Ed.*, D. 50.16.53: *Uti legassit super pecunia tutela(e)ve suae rei, ita ius esto.*

Por último, en el tercer grupo se recogen las formulaciones más extendidas, que provienen de Cicerón, *De inv.*, 2.50.148 y, aunque con algunas alteraciones, también en la *Rhetorica ad Herennium*, 1.13.23, cuya autoría se desconoce⁸⁹.

Cic., *De inv.* 2.50.148; *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23: *Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto.*

Además de esta clasificación “tripartita” en los últimos años se han propuesto una serie de reconstrucciones alternativas⁹⁰, que no presentan tanta relevancia para el objeto de nuestra investigación al no provenir directamente de fuentes romanas. Pero incluso estas tres versiones coinciden con las redacciones originales en presentar una misma estructura de partida: la formulación de todas las versiones comienza con la referencia al “*uti legassit*” y acaba con la expresión “*ita ius esto*”.

No obstante, la interpretación de estas expresiones no se encuentra exenta de polémica, pues si bien es cierto que generalmente se acepta que la referencia inicial al verbo *legare* contenía un significado muy amplio, todavía se discute si se trataba de un poder verdaderamente testamentario. En cuanto a la expresión “*ita ius esto*” se suele traducir como “sea así derecho”, en el sentido de que se otorgaba validez jurídica a lo que hubiera dispuesto el *pater familias* de acuerdo con la amplia capacidad dispositiva que se le reconocía en virtud del verbo *legare*.

⁸⁸ La alteración consiste en la inclusión del término “*tutelaeve*” en lugar de “*tutelave*”.

⁸⁹ Aunque parte de la doctrina atribuye la redacción de la obra a un etimólogo llamado Cornificio, citado en numerosas ocasiones en la *Institutio oratoria* de Quintiliano, lo cierto es que se trata de una cuestión debatida, como pone de manifiesto la opinión de CANCELLI, F., *Introduzione*, en Cicerone, *La retorica a Gaio Erennio* (Roma, 1992), pp. 54 ss.

⁹⁰ Entre las formulaciones modernas más destacadas se cuentan la propuesta de CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes*, vol. 2, cit., p. 580, que se presenta en los siguientes términos: “*uti legassit super familia? Pecuniave? Tutelave sua, ita ius esto*” o la versión recogida por FLACH, D., *Die Gesetze der frühen römischen Republik* (Stuttgart, 1994), p. 136, que defiende la construcción “*uti legassit (= legaverit) super pecunia (m) tutela(ba) <v>e suae rei, ita ius esto*”.

Por otro lado, las principales diferencias entre las distintas formulaciones de la norma decenviral se concentran en la posible alusión al *pater familias* como sujeto con capacidad dispositiva y, sobre todo, en el objeto sobre el que recae la capacidad de disposición del causante. Mientras que la redacción gayana aludía genéricamente a las “*suae rei*”, la versión de Tit. Ulp. recoge un contenido más preciso al señalar que la capacidad de disposición recaía “*super pecunia tutelave suae rei*” y, por último, la formulación de Cicerón utilizaba la expresión “*familia pecuniaque*”.

A partir del estudio de estas diferencias y similitudes entre las distintas versiones de la norma decenviral, consideramos que puede iniciarse un estudio comparativo que puede servir para determinar cuál de ellas se ajusta con mayor exactitud a la probable redacción original de las XII Tablas y, posteriormente, arrojar algo de luz acerca del sentido original de la trascendental disposición sobre el “*uti legassit*”.

2.2.1. LA INCONSISTENCIA DE LA VERSIÓN RETÓRICA

Atendiendo a la fecha de publicación de la obra en la que se encuentra insertada, la formulación más antigua de todas las que conocemos sobre la disposición decenviral del “*uti legassit*” se remontaría a finales del período republicano. Si bien no resulta sencillo precisar con exactitud la fecha en que se escribió el *De inventione*⁹¹, que parece coincidir en el tiempo con la publicación de la *Rhetorica ad Herennium*, no cabe duda de que se trataría de dos textos mucho más cercanos a la redacción original que el resto de referencias conservadas sobre el contenido de las XII Tablas.

En este sentido, cabe señalar que el propio Cicerón rememoraba en sus escritos que todavía durante su infancia los niños acostumbraban a recitar de memoria las disposiciones recogidas en la ley decenviral⁹², aunque también reconoce que en su vejez ya se había perdido esa costumbre⁹³. Sin embargo, a pesar de la antigüedad que cabe presuponer a esta versión, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina se muestra escéptica debido a su procedencia retórica.

Si bien es cierto que Cicerón contaba con una notable formación jurídica⁹⁴, no puede obviarse que además de haber sido publicada en su juventud⁹⁵, esta obra estaba destinada a un público interesado por la retórica. De hecho, se trata de una exposición acerca de la *inventio*, una de las cinco competencias básicas que junto a la *dispositio*, la *elocutio*, la *memoria* y la *actio*, debía ostentar todo buen orador⁹⁶.

⁹¹ Tras haber analizado los principales estudios en torno a esta cuestión, MARINONE, N., *Cronologia ciceroniana* (Roma, 1997), p. 274 llega a la conclusión de que la datación de la obra debe situarse en el intervalo temporal que oscila entre los años 86 y 83 a.C.

⁹² Cic., *de leg.* 2.4.9: *Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.*

⁹³ Cic., *de leg.* 2.23.59: *Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.*

⁹⁴ Como el propio Cicerón se encarga de poner de manifiesto en varias de sus obras (*Laelius* 1.1-2; *Brutus* 58.211), desde su época de juventud mantuvo una estrecha relación con la familia de los Escévola, lo que le proporcionó la oportunidad de comenzar su formación jurídica bajo las enseñanzas de los juristas más destacados de su tiempo y tomar contacto con las ideas del círculo de los Escipiones.

⁹⁵ De hecho, muchos años más tarde en su diálogo *De oratore* reprochaba lo que consideraba una obra de su adolescencia con las siguientes palabras: “*Vis enim, ut mihi saepe dixisti, quoniam, quae pueris aut adulescentulis nobis ex commentariolis nostris incohata ac rudia exciderunt, vix sunt hac aetate digna et hoc usu, quem ex causis, quas diximus, tot tantisque consecuti sumus, aliquid eisdem de rebus politius a nobis perfectiusque proferri*” (Cic., *de orat.* 1.5).

⁹⁶ Quintil., *Inst. or.*, 3.3.1: *Omnis autem orandi ratio, ut plurimi maxime auctores tradiderunt, quinque partibus constat: inventione, dispositione, elocutione, memoria, pronuntiatione sive actione (utroque enim modo dicitur). Omnis vero sermo, quo quidam voluntas aliqua enuntiatur, habeat necesse est rem verba.*

En relación con la *Rhetorica ad Herennium*, atribuida erróneamente a Cicerón durante mucho tiempo⁹⁷, se trataba de una exposición sistemática sobre las principales partes del discurso desde el punto de vista de la retórica griega. Ambas obras carecían, por tanto, de una verdadera naturaleza jurídica. De hecho, las referencias a la norma decenviral se recogen en ambos casos como ejemplificaciones destinadas a la dialéctica forense y en relación con un pasaje histórico muy concreto.

El pasaje en cuestión se centra en las controversias surgidas como consecuencia del famoso testamento de *Publicius Malleolus*, ciudadano romano que ha pasado a la historia como el primer reo condenado a la pena del *culleum* por haber asesinado a su propia madre en el año 101 a.C.⁹⁸. En ambas exposiciones se analiza la controversia desde un punto de vista racional, asumiendo desde el primer momento que no puede resolverse atendiendo únicamente a las normas jurídicas establecidas, sino que se deben aplicar técnicas retóricas como la analogía. De esta manera, tanto Cicerón como el autor de la *Rhetorica ad Herennium* no estaban interesados en reflejar la redacción original de las XII Tablas, sino que traían a colación esta disposición para expresar la necesidad de interpretar las normas desde el punto de vista retórico⁹⁹.

Ahora bien, el verdadero recelo con respecto a la formulación presente en estas obras retóricas se fundamenta en las notables diferencias que se perciben en contraste con las otras dos versiones conocidas. En primer lugar, esta redacción es la única en la que se menciona expresamente al *pater familias* como sujeto de la acción, pero además se utiliza la intrincada expresión “*familia pecuniaque*” para referirse al objeto sobre el que recae la capacidad dispositiva de ese *pater familias*.

⁹⁷ Esta equivocación parece arrastrarse históricamente desde que en el siglo IV d.C. San Jerónimo le atribuyese a Cicerón la confección de estas obras (Jerónimo, *adu. Rufin.* 2.471; *in Abd. pr.*), lo que sin lugar dudas confería una gran trascendencia a la obra. De hecho, en la actualidad se conservan más de cuatrocientos manuscritos medievales que ponen de manifiesto su utilización como manual de referencia por parte de los estudiantes de retórica durante la edad media.

⁹⁸ A este respecto, Livio recuerda que “*matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est*” (*Per.* 68), debiendo entenderse ese “*primus*” en el sentido de haber sido el primer matricida condenado a esa pena capital, como señala CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales en Grecia y Roma* (Milán, 1991), traducido al español por M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela, pp. 255 ss.

⁹⁹ El episodio ha sido tratado con detenimiento por ZUCCOTTI, F., «Il testamento di Publicio Malleolo», en *Studi A. Biscardi*, vol. VI (Milán, 1987), pp. 230 ss.; ID., «Il «furor» del patricida e il testamento di Malleolo», en *Labeo*, 37 (1991), pp. 174 ss.; DILIBERTO, O., «Il testamento del matricida», en *SUC*, 52 (1988), pp. 177 ss. GUARINO, A., «Variazioni sul Tema di Malleolo», en *Labeo*, 35 (1989), pp. 79 ss., ahora también en *Pagine di diritto romano*, vol. IV, pp. 175 ss.

Con respecto a la mención expresa de la figura del *pater familias* en la norma decenviral, tradicionalmente se ha considerado que su omisión denotaría el empleo de un lenguaje más arcaizante¹⁰⁰. No obstante, algunos autores también han indicado que es posible que la alusión al *pater familias* estuviera presente en la redacción original, pero que paulatinamente se hubiera ido omitiendo de los textos jurídicos a medida que se generalizaba la forma testamentaria¹⁰¹. Así se explicaría que el resto de formulaciones no aludieran expresamente al sujeto de la capacidad dispositiva.

Sin embargo, lo cierto es que apenas se encuentran referencias similares en el resto de disposiciones que conocemos de las XII Tablas. En la mayoría de los casos se opta por omitir el sujeto o se utiliza un pronombre, de forma que tan solo se emplea una mención expresa al protagonista de la acción cuando resulta inevitable¹⁰². No obstante, en este caso la referencia no parece indispensable, pues tan solo un *pater familias* podía disponer de su propio patrimonio en época decenviral. Por ese motivo, nos inclinamos a pensar que se trata de una adición posterior con fines aclaratorios, posiblemente debido a que estas obras se dirigían a un público lego en cuestiones jurídicas.

Más complicada se presenta la utilización de la expresión “*familia pecuniaque*” para referirse al objeto del *legare*. Afortunadamente, con anterioridad hemos analizado los diferentes términos que se emplearon para hacer referencia al objeto de la *hereditas* durante la época antigua¹⁰³. A este respecto, parece que en un primer momento solo se habría utilizado la *familia* para referirse al patrimonio doméstico, mientras que la *pecunia* hacía referencia a los bienes muebles destinados al intercambio comercial, primero al ganado y posteriormente al dinero. En consecuencia, hemos concluido que la locución *familia pecuniaque* no habría existido en época decenviral, sino que habría surgido como resultado de una interpretación jurisprudencial posterior.

¹⁰⁰ DE FRANCISCI, P., *Storia del diritto romano*, cit., pp. 212 ss.; SOLAZZI, S., «La questione dell'autenticità delle XII Tavole», en *Annuario dell'Università di Urbino* (1902-1903), p. 40.

¹⁰¹ Como recuerda ARCES, P., *Riflessioni*, cit., p. 19; ID., *Studi sul disporre*, cit., pp. 94-95, existe una larguísima tradición doctrinal que defiende la mención expresa del *pater familias* en la versión original de esta disposición decenviral. En relación con esos antecedentes históricos, el autor remite al minucioso trabajo de recopilación realizado en su momento por LEPRI, M. F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* (Florenia, 1943), pp. 13 ss.

¹⁰² En ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 40., se recoge un compendio de los principales pasajes decenvirales en los que se demuestra que, por norma general, se tendía a omitir el sujeto de la acción o, en todo caso, se empleaban pronombres para referirse al mismo.

¹⁰³ *Vid. supra*. capítulo V apartado 1.3.

La expresión *familia pecuniaque* aparece en las fuentes de época postdecenviral como resultado de una elaboración jurisprudencial, posiblemente encaminada a buscar una designación unitaria tanto de los elementos que, de una u otra forma, prestaban un servicio a la comunidad (*familia*), como al resto de bienes fungibles que se utilizaban frecuentemente en las transacciones comerciales (*pecunia*). Luego habría terminado sustituyendo a las antiguas denominaciones de la *familia* o la *pecunia* para designar al patrimonio doméstico en el ámbito jurídico a partir de la época clásica.

En conclusión, parece evidente que la versión que proponen Cicerón y el autor de la *Rhetorica ad Herennium* no concuerda de ningún modo con el contenido original de la disposición decenviral sobre el “*uti legassit*”. Tanto la innecesaria alusión a la figura del *pater familias* como la utilización de la expresión *familia pecuniaque* parecen haber sido incorporados con posterioridad. Estas modificaciones habrían tenido como finalidad esclarecer el contenido de la norma decenviral, puesto que esta versión se encontraba recogida en obras dirigidas a una audiencia interesada por la retórica y que posiblemente carecía de una profunda formación jurídica.

Por ese motivo, a pesar de los esfuerzos de parte de la doctrina por defender la autenticidad de esta versión retórica de XII Tab. 5.3¹⁰⁴, lo cierto es que resulta difícil admitir que términos como *pater familias* o *familia pecuniaque* apareciesen en el tenor literal de la disposición original sobre el *uti legassit*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Entre los más destacados defensores de la autenticidad de la versión retórica se encuentran LEPRI, M. F., *Saggi*, cit., pp. 14 ss.; GUARINO, A., *Notazioni romanistiche. 2. La lex XII tabularum e la tutela*, cit., pp. 35 ss.; FRANCIOSI, G., *La versione retorica e la versione giuridica*, cit., pp. 2 ss.; ARCES, P., *Riflessioni*, cit., pp. 21 ss.; ID., *Studi sul disporre*, cit., pp. 91 ss.

¹⁰⁵ Esta posición, mayoritaria en la doctrina, se refleja con especial claridad en la obra de autores como BRETONNE, M., *I fondamenti*, cit. pp. 36 ss.; ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit. pp. 39 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 5 ss.; DIOSDI, G., «*Familia pecuniaque*. Ein Beitrag zum altrömischen Eigentum», en *Acta antiqua scientiarum Hungaricae*, 12 (1964), pp. 87 ss.; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 50 ss.; GNOLI, F., *Di una recente ipotesi*, cit., pp. 204 ss.; AMIRANTE, L., «Per una palingenesi delle XII tavole», en *Index*, 18 (1990), pp. 391 ss.; DILIBERTO, O., *Materiali per una palingenesi delle XII tavole* 1 (Cagliari, 1992), pp. 9 ss.

2.2.2. LA VERSIÓN PROCEDENTE DE QUINTO MUCIO

Siguiendo el orden de cercanía temporal con respecto a la redacción decenviral, en segundo lugar debemos analizar la versión aportada por Gayo, que coincide en su totalidad con la formulación recogida en un fragmento perteneciente a los comentarios de Pomponio al *ius civile* de Quinto Mucio. Por ese motivo, se considera probable que ambos textos procediesen de una misma fuente en común, que muy posiblemente fuese la obra del propio Quinto Mucio Escévola¹⁰⁶.

Esta conjetura supondría que además de convertirse en la versión más cercana al texto original recogido en las XII Tablas, esta formulación se encontraría respaldada por la autoridad de uno de los juristas más importantes de todo el período republicano, que descendía de una importantísima familia de juristas y sacerdotes. Sin embargo, esta hipótesis no ha podido ser completamente confirmada y tampoco resulta claro que el propósito principal, tanto de Gayo como de Pomponio, consistiese en recoger el tenor literal exacto de la disposición decenviral.

El fragmento de Gayo en el que se alude a la disposición decenviral se encuadra dentro del título dedicado a la *lex Falcidia*, situado inmediatamente después de haberse referido a las distintas formas de los legados¹⁰⁷. El pasaje comienza así destacando que antiguamente existía una amplísima capacidad de disposición, hasta el punto de que el jurista recuerda que se podía agotar la totalidad del patrimonio mediante la constitución de legados y manumisiones. De esta forma, Gayo denuncia que el heredero corría el riesgo de no recibir nada más que el propio título de heredero¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En este sentido, VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 6-8, señala que resultaría lógico pensar que Pomponio hubiera extraído directamente esta versión de los *libri iuris civilis* de Quinto Mucio sobre los que estaba realizando sus comentarios, mientras que en el caso de Gayo es más que probable que hubiera recurrido a la ordenada exposición de un jurista de la altura de Quinto Mucio para elaborar su conocida obra sobre el contenido jurídico de las XII Tablas.

¹⁰⁷ Como destaca DI OTTAVIO, D., *Uti legassit... ita ius esto. Alle radici della successione testamentaria in diritto romano* (Nápoles, 2016), p. 18, el jurista de la época de los emperadores Antoninos conecta el título “*De legatis*” con el título “*Ad legem Falcidiam*” mediante el uso de la conjunción adversativa “*sed*”, lo que podría interpretarse como una forma de presentar un contenido opuesto o que limitase aquello que se había expresado con anterioridad.

¹⁰⁸ Gai. 2.224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: "VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO". qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

A partir de esta situación de partida manifiestamente injusta, Gayo prosigue su explicación aludiendo a la promulgación de distintas leyes que intentaron resolver esta cuestión tan problemática. A tal efecto, las instituciones se refieren en primer lugar a la prohibición impuesta por la *lex Furia* de que los legatarios pudieran recibir legados superiores a los mil ases¹⁰⁹; posteriormente se ocupa de la *lex Voconia* del año 169 a.C., que impedía que los legatarios pudieran percibir una cantidad superior a lo dispuesto en favor de los herederos¹¹⁰; y, por último, recuerda que fue necesario promulgar la famosa *lex Falcidia* para establecer una limitación a la capacidad de disposición del testador a tres cuartas partes del caudal hereditario¹¹¹.

La inclusión de la disposición relativa al “*uti legassit*” en este contexto parece que buscaba resaltar la amplísima capacidad que tenían los *patres familias* para disponer de su patrimonio a través de los legados en época decenviral. Sin embargo, al final del fragmento Gayo utiliza la paráfrasis explicativa “*ut quod quisque de re sua testatus esset*”, de forma que parece relacionar el contenido de la disposición sobre el *uti legassit* con una verdadera capacidad testamentaria¹¹². Ahora bien, resulta sorprendente que no se refiera, tratándose de una disposición presuntamente de contenido testamentario, ni a la facultad para instituir heredero ni a la *datio tutoris*.

Con un planteamiento de partida muy similar al de Gayo, el texto de Pomponio también comienza aludiendo a una *latissima potestas* que abarca no sólo la constitución de legados y el otorgamiento de manumisiones, sino también la institución de herederos y el nombramiento de tutores. Al igual que sucedía con el pasaje gayano, tras haber expuesto el amplísimo alcance de la disposición decenviral, el jurista parece centrado en explicar las sucesivas restricciones legislativas.

¹⁰⁹ Gai. 2.225: *Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est. sed [et] haec lex non perfecit, quod uoluit: qui enim uerbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.*

¹¹⁰ Gai. 2.226: *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent. ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; sed tamen fere uitium simile nascebatur. nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.*

¹¹¹ Gai. 2.227: *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.*

¹¹² En este sentido, ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 37 destaca que “così Gaio mostrava come si fosse inteso (da parte degli interpreti antichi già sostanzialmente richiamati, penso) il *legare* decenvirale nel senso di *testari*”.

Pomponio, 5 ad Q. Mucio, D. 50.16.120: *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Aunque a primera vista el texto reproduce la misma estructura argumentativa que hemos analizado en las instituciones de Gayo, en este fragmento se puede percibir una evolución en tres estadios bien diferenciados¹¹³. En la primera se habría recogido la redacción original de las XII Tablas, a continuación el jurista se habría ocupado de la interpretación jurisprudencial en un sentido extenso y, por último, habría concluido con una alusión a la interpretación jurisprudencial en sentido restringido.

Con respecto a la primera parte de su exposición, se comienza proponiendo una formulación de la disposición decenviral coincidente con la versión gayana: *uti legassit suae rei, ita ius esto*. A continuación, Pomponio afirma que esta norma parece atribuir una *latissima potestas*¹¹⁴, en función de la cual se habría podido instituir herederos, otorgar legados y manumisiones, e incluso designar tutores. Ahora bien, no puede confirmar que fuese así, sino que prudentemente opta por indicar que parece (*videtur*) que esta era la regulación vigente en aquel momento.

Su cautelosa afirmación no resulta tan sorprendente como que el jurista usase la forma verbal *videtur* en tiempo presente para referirse a esa amplia potestad dispositiva. Teniendo en cuenta que cuando Pomponio desempeñaba su actividad como jurista¹¹⁵ existían marcadas limitaciones a la capacidad dispositiva del causante, no parece que se pudiera estar refiriendo a la regulación vigente en ese momento. En estas circunstancias, parece que hubiera resultado mucho más congruente emplear la forma imperfecta para referirse al tiempo pasado como hace Gayo¹¹⁶.

¹¹³ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 5 ss.

¹¹⁴ Con respecto a esta expresión, BRETONI, M., *I fondamenti*, cit., pp. 31-33, señala que podría haber sido tomada de la obra de Quinto Mucio Escévola, pues Cicerón alude a la obra de este jurista cuando utiliza la expresión *manare latissime* en relación con la *bona fides* (*de off.* 3.17.70).

¹¹⁵ De acuerdo con la reconstrucción histórica elaborada por NÖRR, D., «Pomponius oder "Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen"», en ANRW, vol. II, 15, (1976), pp. 408-598, se puede estimar que Pomponio nació en las primeras décadas del siglo II d.C.

¹¹⁶ Como apunta VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 6-7, resulta sorprendente que mientras que en las instituciones de Gayo se empleaba la forma verbal en pasado imperfecto "*videbatur*" para describir el contenido de la amplísima capacidad dispositiva en época decenviral, Pomponio utilizase el término "*videtur*" en la forma verbal presente.

Por ese motivo, resulta razonable pensar que esa parte del fragmento se hubiera copiado de la obra de un jurista anterior a las reformas legislativas que restringieron la capacidad dispositiva del causante. Todo apunta en dirección a Quinto Mucio Escévola, pues no sólo parece ser la fuente común de ambas versiones, sino que además nunca pudo llegar a tener conocimiento de las grandes restricciones a la capacidad dispositiva impuestas por la *lex Falcidia* o la *lex Fufia Caninia*¹¹⁷. De esta forma, Pomponio habría transcrito directamente los textos de Quinto Mucio Escévola, que no solo se limitaban a recoger la versión de la norma decenviral, sino que también reflejaban la interpretación jurisprudencial posterior de la misma.

No obstante, sorprende que esa interpretación amplíe el contenido del testimonio gayano, pues mientras que este se limitaba a hacer referencia al otorgamiento de legados y manumisiones, en los comentarios de Pomponio se recogen también referencias a la *heredis institutio* y a la *datio tutoris*. En este sentido, parece que la explicación podría deberse al hecho de que mientras que la exposición de Gayo habría estado más enfocada en los aspectos patrimoniales, destacando que las restricciones legislativas evitaron que los herederos pudieran quedarse sin recibir nada, la intención primordial de Pomponio habría sido destacar el alcance de esa amplísima potestad dispositiva para resaltar los efectos de las sucesivas restricciones legislativas¹¹⁸.

Una vez descritas las facultades que confería esa extensa capacidad dispositiva, la tercera parte de su exposición alude a las limitaciones que fueron estableciéndose a lo largo del período republicano. Sin embargo, la información que proporciona Pomponio no es muy precisa ni completamente exacta. Cabe la posibilidad de que el texto pudiera haber sido alterado por los compiladores justinianos. En este sentido, podrían haber suprimido cualquier alusión en relación con las limitaciones impuestas durante la época postdecenviral, pues no estaban interesados en un desarrollo histórico que ya conocían, sino en el resultado final de dicha regulación.

¹¹⁷ Como es bien sabido, Quinto Mucio Escévola fue asesinado en el año 82 a.C. a manos de Cayo Flavio Fimbria, enfervorecido seguidor de Cayo Mario. En el momento de su fallecimiento todavía se reconocía una amplia capacidad dispositiva en favor de los *pater familias*, pues las diversas restricciones impuestas en virtud de las *leges Furia* y *Voconia* en la primera mitad del siglo II a.C. no lograron su cometido. De hecho, solo a partir de la entrada en vigor de la *lex Falcidia* se consiguió arbitrar una limitación eficaz de la capacidad dispositiva del causante, que luego vino a completarse con otras *leges* como la *lex Fufia caninia*. Ahora bien, la muerte de Quinto Mucio se produjo varias décadas antes de la promulgación de la *lex Falcidia* en el año 40 a.C. y de la *lex Fufia caninia* del año 2 a.C.

¹¹⁸ ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 38.

De esta forma, aunque desde nuestra perspectiva su exposición aparece dividida en tres partes, lo cierto es que Pomponio se habría limitado a transcribir la versión de la norma decenviral, junto con la interpretación jurisprudencial correspondiente al final de la época republicana, que se recogía en la obra de Quinto Mucio. Únicamente habría añadido un comentario en relación con las decisivas restricciones legislativas que se habían impuesto desde la muerte de aquel jurista. Su comentario consistiría, por tanto, en una actualización de la obra de Quinto Mucio.

Los compiladores de la época justiniana debieron valorar la información que transmitía este fragmento, en cuanto que permitía conocer la evolución histórica de la libertad dispositiva, pero posiblemente suprimieron todas las referencias a disposiciones legislativas que habían quedado completamente superadas. De esta forma, el texto de Pomponio funciona como un verdadero engranaje de transmisión que nos remontaría, cuando menos, a los escritos de la última jurisprudencia republicana.

De acuerdo con este razonamiento, parece que esta versión breve propuesta por Gayo y Pomponio podría encajar con la redacción original de las XII Tablas, mientras que el resto de formulaciones se habrían limitado a incluir elementos adicionales como consecuencia de las distintas interpretaciones jurisprudenciales que con el tiempo se llevaron a cabo sobre el texto original. Sin embargo, esta interpretación no se puede considerar definitiva, pues sería un grave error precipitarse en las conclusiones antes de haber analizado la tercera de las versiones de la Tabla 5.3 que aparece recogida en la obra de Paulo y en los *Tituli ex corpore Ulpiani*.

2.2.3. LA VERSIÓN DE *TIT. ULP. 11.14*

A pesar de que la versión atribuida a Quinto Mucio presentaba rasgos propios de la época arcaica, la mayor parte de las reconstrucciones modernas consideran que la versión que con mayor probabilidad se encontraba recogida en la norma decenviral era la propuesta en la *Epitome Ulpiani*. Si bien es cierto que la naturaleza de la obra es discutida¹¹⁹, no cabe duda de que el núcleo central de la misma estaba compuesto por fragmentos recabados directamente de la obra de Ulpiano, lo que le confiere un gran rigor histórico respecto a su contenido y las fuentes jurídicas mencionadas¹²⁰.

Tit. Ulp. 11.14: Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege Duodecim Tabularum his verbis: "uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto": qui "tutores dativi" appellantur.

El fragmento aparece incluido bajo el título “*De tutelis*”, de forma que no resulta sorprendente que se aluda a la versión decenviral para justificar la previsión de tutores testamentarios en la ley de las XII Tablas. Consecuentemente, la principal diferencia en esta formulación es que la acción del *legare* presenta un objeto mucho más amplio que en las otras versiones que hemos analizado anteriormente, pues parece comprender la *pecunia*, la tutela y las *suae rei* del causante.

Esta versión parece encontrar cierta confirmación en un fragmento procedente de los comentarios *ad Edictum* de Paulo, donde este jurista se ocupa de analizar los posibles problemas de interpretación jurídica que podían surgir a raíz de la utilización de ciertas construcciones gramaticales tanto de naturaleza conjuntiva como disyuntiva, haciendo alusión a la expresión “*super pecunia tutelave suae*”.

¹¹⁹ Al respecto se ha teorizado acerca de la posibilidad de que el *Epitome Ulpiani* no sea más que un mero resumen del *Liber singularis regularum*, un epitome de las instituciones de Gayo completado con textos de la obra de Ulpiano o bien una refundición de diversos fragmentos de las instituciones de Gayo y de fragmentos del *Liber singularis regularum*. Un recorrido por las principales teorías, con abundante bibliografía, sobre el origen de esta obra puede encontrarse en SPERANDIO, M. U., «*Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani*’. Il ‘*liber singularis regularum*’ pseudoulpiano e il ‘*codex vaticanus reginae 1128*’», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 58 (2011), pp. 357 ss.

¹²⁰ ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 46, recuerda que el *Epitome Ulpiani* se caracterizaba por estar plagado de referencias históricas, entre las que destacaban especialmente las frecuentes alusiones a disposiciones de la ley de las XII Tablas. En concreto, el autor destaca que en esta obra se hacía alusión directa en al menos quince ocasiones a la ley de las XII Tablas: *Tit. Ulp.* 1.9; 2.4; 10.1; 11.3; 11.14; 12.1; 12.2; 19.17; 26.1; 26.1a; 26.7; 26.8; 27.5; 29.1; 29.6.

Paulo, 59 ad Ed., D. 50.16.53 pr.: *Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud veteres "adgnatorum gentiliumque", pro separatione accipitur. At cum dicitur "super pecuniae tutelaeve suae", tutor separatim sine pecunia dari non potest: et cum dicimus "quod dedi aut donavi" utraque continemus.*

Aunque tradicionalmente se ha considerado que el fragmento ha sido objeto de diversas alteraciones¹²¹, parece evidente que se habría respetado la integridad de los ejemplos lingüísticos propuestos por Ulpiano. Su exposición comienza señalando que mientras la locución “*adgnatorum gentiliumque*”, atribuida genéricamente a los *veteres*, debía interpretarse disyuntivamente¹²², la expresión “*super pecunia tutelaeve suae*” se debía entender en un sentido conjuntivo¹²³. Nuestro interés se centra en esta segunda expresión, pues además de estar recogida en idénticos términos en *Tit. Ulp.* 11.14, se perciben ciertas similitudes con las formulaciones de carácter retórico, en cuanto que se utilizan las palabras “*super*” y “*pecunia*”, pero también con la redacción propuesta por Gayo y Pomponio, en cuanto que se alude a las “*suae rei*”¹²⁴.

Ahora bien, la verdadera aportación que introduce esta versión es la inclusión de esa ambigua referencia a la tutela, que tradicionalmente se ha querido invocar como prueba de la existencia de la tutela testamentaria en época decenviral¹²⁵. Sin embargo, esa pretendida referencia a la tutela resultaría innecesaria teniendo en cuenta que esta disposición confería una “*latissima potestas*” al *pater familias*¹²⁶. Por ese motivo, se ha descartado que ese término hiciera referencia a la institución tutelar¹²⁷.

¹²¹ Desde su característico hipercriticismo, SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., pp. 36 ss., se ocupa con especial ahínco en analizar la expresión “*tutor separatim sine pecunia dari non potest*”

¹²² Se trata de una expresión generalmente asociada con el tenor literal de las disposiciones decenvirales contenidas en XII Tab. 5.4 y 5.7.a, en atención a los textos de Cicerón, *de inv.* 2.50.148 y de la *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23. *Vid infra.* capítulo V apartado 2.3.1.

¹²³ ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 50, indica que la utilización del término “*tutelaeve*” conforme al caso ablativo en lugar del caso genitivo responde a un error del copista.

¹²⁴ DI OTTAVIO, D., *Uti legassit*, cit., pp. 28-29.

¹²⁵ *Vid. infra* capítulo VI apartado 1.3.

¹²⁶ El primero en constatar esta circunstancia fue APPLETON, C., *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables* (París, 1903), p. 59.

¹²⁷ En este sentido se manifiestan autores como GUARINO, A., *Le “XII Tabulae”*, cit., pp. 150 ss.; LEVY-BRUHL, H., *La tutelle des XII Tables*, cit., pp. 318 ss.; BRETONE, M., *I fondamenti*, cit., p. 35 nt. 57; ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 58.

En realidad, el término “*tutelave*” parece que estaría directamente relacionado con la noción de custodiar el objeto sobre el que el *pater familias* podía ejercitar sus facultades dispositivas. La expresión “*suae rei*” funcionaría entonces como genitivo de la palabra tutela¹²⁸, de forma que sería impensable cualquier referencia a la institución tutelar que recaía sobre impúberes o mujeres. Con esta construcción, el autor pretendía aclarar que el causante tenía la posibilidad de determinar a quién le correspondería la tutela, entendida como custodia, de sus bienes patrimoniales¹²⁹.

De acuerdo con esta posible interpretación, la disposición de XII Tab. 5.3 se habría utilizado originariamente para reconocer la posibilidad de disponer *mortis causa* tanto de la *pecunia* como de la custodia sobre ciertos bienes patrimoniales del causante. Por lo tanto, se trataría de una formulación mucho más precisa en cuanto al objeto del que podía disponer el *pater familias* que la propuesta en la obra de Gayo y Pomponio, que simplemente aludía a las “*suae rei*” del causante.

Esta diferencia solo puede tener dos explicaciones: o bien Gayo y Pomponio abreviaron el contenido que originalmente recogía la disposición decenviral o, por el contrario, el resto de versiones responden a la finalidad de aclarar y precisar el alcance de una disposición que debía resultar excesivamente imprecisa en sus orígenes. Desde nuestro punto de vista, resulta más razonable pensar que la evolución textual se hubiera producido a partir del texto más sencillo. De esta forma, la redacción original encajaría con la versión recogida por Gayo y Pomponio, mientras que Cicerón la modificaría con una finalidad explicativa y, por último, sobre la base de las dos formulaciones precedentes, el autor de *Tit. Ulp.* 11.14 habría redactado una versión que aunaba elementos de la redacción original, partes de la versión retórica y ciertas referencias a la interpretación jurisprudencial posterior¹³⁰.

¹²⁸ A pesar de que MAGDELEIN, A., *Ius Imperium Auctoritas. Etudes de droit romain* (Roma, 1990), pp. 666 ss., considera que se trata de un dativo, lo cierto es que como señala ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 58, nt. 37, es imposible que la partícula “*suae rei*” situada en la construcción “*super... tutelave*” pueda entenderse como un dativo conectado con *legassit*.

¹²⁹ Siguiendo la interpretación expuesta por BREONE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 35 ss., otros autores como ALBANESE, B., *La successione*, cit., pp. 434 ss.; ID., *Osservazioni*, cit., pp. 58 ss.; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., pp. 81 ss., consideran que con la expresión “*super pecunia tutelave suae*” se reconocía la existencia de la *mancipatio familiae* en época decenviral, pues en esta disposición se otorgaba al *pater familias* la facultad para encargar a un amigo que se ocupase del destino de sus bienes patrimoniales después de su muerte. En contra de esta posición se manifiesta en los últimos tiempos ARCES, P., *Riflessioni*, cit., p. 16; ID., *Studi sul disporre*, cit., pp. 89-90.

¹³⁰ BREONE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 36 ss.

Así se explicaría que en esta última redacción se hubiera respetado la estructura original de la disposición decenviral “*uti legassit... ita ius esto*”, aceptando la expresión “*suae rei*” que figuraba en la formulación proveniente de Quinto Mucio, pero añadiendo tanto elementos recogidos en la versión retórica (“*super*” y “*pecunia*”), como elementos inferidos de la interpretación postdecenviral (“*tutela*”). La versión de *Tit. Ulp.* 11.14 sería entonces una especie de reelaboración confeccionada sobre la base de las distintas aportaciones realizadas a la redacción original de XII Tab. 5.3.

2.2.4. UNA EXPLICACIÓN DE CONJUNTO SOBRE LA NORMA DEL *UTI LEGASSIT*

Una vez expuestos los argumentos que fundamentan nuestra preferencia por la originalidad de la versión que parece remontarse a Quinto Mucio, nos encontramos en condiciones de afrontar la interpretación del contenido original de ese fragmento y de su posterior evolución en el tiempo. Para ello no solo nos ceñiremos al tenor literal de la versión originaria, sino que también contaremos con las diferentes contribuciones que nos ofrece cada una de las versiones que se conservan de XII Tab. 5.3.

Las tres formulaciones que conocemos a este respecto presentan una estructura marcadamente imperativa de esta disposición decenviral: en todas ellas se indicaba que debía considerarse jurídicamente vinculante – *ita ius esto* – lo que se hubiera dispuesto por el causante. Ahora bien, para aludir a esa facultad dispositiva se utilizaba la expresión “*uti legassit*”¹³¹, en la que se considera que *uti* es una forma intensificada del término *ut*¹³², mientras que el vocablo *legassit* era la forma arcaica de la tercera persona del singular del futuro anterior del verbo *lego*.

La forma verbal *lego* procede de la misma raíz semántica que el término *lex*, sustantivo utilizado para aludir al pronunciamiento solemne de ciertos *verba*¹³³. En este sentido, cabe recordar que en época decenviral los compromisos jurídicos se concluían mediante fórmulas solemnes recitadas oralmente pues se consideraba que las palabras estaban investidas de una fuerza capaz de transformar la sociedad¹³⁴. En consonancia con esa línea de pensamiento, el empleo de la expresión “*uti legassit*” en XII Tab. 5.3 habría reconocido entonces que la voluntad expresada de forma solemne por el *pater familias* tenía carácter vinculante para después de su muerte.

¹³¹ Una excepción se encuentra en la versión recogida en la *Rhetorica ad Herennium*, 1.13.23, que utiliza el término “*legaverit*”. Ahora bien, CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes*, vol. II, cit., p. 636, recuerda que se trata de una modificación posterior con el fin de actualizar el arcaico lenguaje decenviral.

¹³² ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym., cit.*, s.v. *ut*, p. 756; WALDE, A. y HOFFMAN, J. B., *Lat. Etym.*, cit., s.v. *ut*, p. 846.

¹³³ Un recorrido por las principales posturas doctrinales en torno al significado atribuido originariamente al término *lego* se encuentra en TERRANOVA, F., *Ricerche sul testamentum*, cit., pp. 243 ss., donde la autora señala que la doctrina mayoritaria se decanta por asociar el verbo con la expresión “*legem dico*”, aunque en la misma línea argumentativa otros autores prefieren “*legem do*” o “*legem facio*”.

¹³⁴ En este mismo sentido, CORBINO, A., *Il formalismo negoziale*, vol. 2 (Turín, 2006), p. 56, destaca que “la parola in sé che i Romani di quell’epoca considerano elemento sufficiente per la esternazione e la comunicazione di una volontà destinata ad incidere, modificandola in aspetti socialmente rilevanti, sulla realtà. Perché la parola abbia questa «forza creatrice» (Orestano) essa deve essere la parola adatta, quella cioè che l’esperienza consolidata ha permesso di considerare idonea al risultato desiderato”.

A este respecto, los juristas clásicos recordaban que se trataba de una *latissima potestas* que permitía disponer sobre el destino de los bienes patrimoniales, manumitir esclavos, constituir tutelas e instituir herederos. Consecuentemente, las instituciones de Gayo señalaban que “*ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur*”¹³⁵, como queriendo dar a entender que el término “*legassit*” debía vincularse a la facultad para confeccionar testamentos en los que el testador tenía la posibilidad de disponer de todo su patrimonio en perjuicio del heredero¹³⁶. Sin embargo, existen razones para sospechar que la equivalencia con el testamento trazada por los juristas clásicos no podía estar vigente en época decenviral.

En primer lugar, sorprende que para hacer referencia al testamento se utilizase el verbo *legare*, pues no cabe duda de que en época decenviral se conocía el verbo *testare* y las notables diferencias que existían entre ambos¹³⁷. Además, parece lógico pensar que de haberse reconocido esa amplísima capacidad dispositiva a través de un instrumento como el testamento, las XII Tablas habrían regulado, aunque fuera sucintamente, el alcance, la naturaleza o las funciones de esta institución. Sin embargo, los antiguos romanos no parecen haber conocido ninguna norma decenviral sobre el testamento más allá de la disposición sobre el “*uti legassit*”.

Además, solo tenemos constancia de la existencia de dos formas testamentarias primitivas, el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu*, cuya naturaleza no parece coincidir con la noción de testamento de la época clásica¹³⁸. La confección de un verdadero testamento, entendido como el acto solemne en virtud del cual un sujeto expresa su voluntad en relación con su patrimonio y otras disposiciones personales para después de su muerte, solo puede considerarse a partir de la aparición del *testamento per aes et libram*, que no existía en época decenviral¹³⁹.

¹³⁵ Vid. *supra* Gai. 2.224.

¹³⁶ ARCES, P., *Riflessioni*, cit., p. 11; ID., *Studi sul disporre*, cit., pp. 80-81, destaca que, sin embargo, no parece que los compiladores justinianos entendieran de la misma forma la referencia al “*legassit*”, pues en las Instituciones de Justiniano únicamente se asocia esta disposición con la posibilidad de disponer a través de legados. Ahora bien, el autor considera que se trata de una equivocación debido a la errónea asimilación de la palabra “*legare*” con la noción de disponer a través de legados.

¹³⁷ AMELOTI, M., «El testamento romano», en *Scritti giuridici* (Turín, 1996), pp. 402 ss., plantea la posibilidad de que los decenviros hubieran optado por el verbo *legare* para posibilitar que los plebeyos, que no podían participar en los comicios curiados, pudieran disponer de sus bienes.

¹³⁸ Vid. *infra*. capítulo V apartado 4.2.

¹³⁹ VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 14 ss.

Por el contrario, la disposición decenviral sobre el “*uti legassit*” señalaba que el objeto del *legare* se limitaba a las *suae rei* del *pater familias*. Ciertamente se trataba de una expresión ambigua, de la que no tenemos constancia que apareciera mencionada en otras normas decenvirales¹⁴⁰. De hecho, las fuentes más antiguas en que se emplea esta expresión se remontan a los escritos de Plauto¹⁴¹ y Terencio¹⁴², en los que se utilizaba en relación con el patrimonio personal o las cosas en propiedad¹⁴³.

En todo caso, parece evidente que el término hacía referencia a un conjunto de bienes patrimoniales distinto a la *familia*. De esta forma, mientras que en XII Tab. 5.4 y 5.5 se determinaba el destino de la *familia*, entendida como conjunto patrimonial vinculado a la comunidad doméstica en su conjunto, en la disposición precedente se aludía a los bienes patrimoniales de carácter puramente privativo. Por pura exclusión, las “*suae rei*” sería la denominación empleada antiguamente para referirse a todos aquellos bienes patrimoniales que no estaban asociados a la comunidad doméstica.

De acuerdo con esta interpretación, se entiende que posteriormente tanto las redacciones retóricas de XII Tab. 5.3 como las formulaciones procedentes de juristas de época tardía introdujesen la noción de *pecunia* en sus versiones decenvirales. Con ello pretendían esclarecer el significado de una expresión tan difusa como la de “*sua res*”. Sin embargo, no eligen cualquier término: la palabra *pecunia* se utilizaba durante la época clásica para aludir a los bienes muebles usados en los intercambios comerciales, en evidente contraposición a la originaria concepción de la *familia*¹⁴⁴. De esta manera, en realidad el término *pecunia* venía a ocupar el lugar que antiguamente correspondía a la ambigua noción de “*suae rei*”.

¹⁴⁰ En este sentido, DI OTTAVIO, D., *Uti legassit*, cit., pp. 66 ss., señala que únicamente se encuentran dos menciones de la palabra “*res*” en disposiciones decenvirales (XII Tab. 1.6 y 3.1), pero que en ninguna de ellas viene acompañada por el término “*sua*”. En ambos fragmentos se utilizaba el término para referirse al objeto de una controversia jurídica, significado que coincide con la utilización que realiza Gayo cuando alude a la palabra “*res*” en sus comentarios a la ley de las XII Tablas. A este respecto, BALDUS, C., «I concetti di *res* in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus», en *AUPA*, 55 (2012), pp. 41 ss.

¹⁴¹ Plaut., *Aul.* 298a: *ita esse ut dixi. Tute existuma: suam rem perisse seque eradicarier*; Plaut., *Merc.* 454: *Quid id mea refert? Quia illi suam rem esse aequumst in manu*; Plaut., *Poen.* 1082: *haud postulo aliter: restituentur omnia; suam sibi rem salvam sistam, si illo advenerit*.

¹⁴² Terent., *Andria* 288: *et ad pudicitiam et ad rem tutandam sient*.

¹⁴³ Otras referencias textuales en las que se menciona el término “*res*” para referirse a un patrimonio o incluso la *hereditas* pueden encontrarse en BRETONE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 56 ss., a las que pueden añadirse las citas mencionadas por ALBANESE, B., *Osservazioni*, cit., p. 64 nt. 47.

¹⁴⁴ *Vid. supra*. capítulo V apartado 1.3.

De esta manera, la versión original de la disposición decenviral reconocía la facultad de cualquier *pater familias* para disponer libremente de sus bienes privativos. En contraposición a las férreas limitaciones que imponía el antiguo sistema sucesorio en relación con el destino del patrimonio doméstico¹⁴⁵, la norma contenida en XII Tab. 5.3 otorgaba una amplísima libertad dispositiva para que el *pater familias* pudiera disponer de aquellos bienes que no formaban parte de la *familia*¹⁴⁶.

Sin embargo, la formulación original sobre el “*uti legassit*” estaba redactada con la sencillez y concisión propia de los textos antiguos. Esa brevedad que originariamente habría sido concebida como una virtud, con el paso del tiempo habría generado cierta ambigüedad en torno a su significado. Por ese motivo, las otras versiones que se han conservado sobre esta disposición decenviral incorporan elementos adicionales con una finalidad explicativa. No obstante, se distingue una doble vertiente evolutiva.

La versión conservada en la obra de Cicerón y en la *Rhetorica ad Herennium* se enmarca en un contexto de naturaleza retórica. En consecuencia, la norma decenviral no interesa por su contenido jurídico, sino como apoyo argumentativo en la utilización de la analogía como instrumento retórico. De esta forma se explica que las modificaciones que se observan sobre la redacción original de XII Tab. 5.3 se centren en aspectos de carácter lingüístico, pues su objetivo radicaba en hacer comprensible esta disposición a una audiencia que carecía de conocimientos jurídicos.

Por el contrario, cabe pensar que en *Tit. Ulp.* 11.14 se muestra mayor interés por comprender el espíritu de la norma original. Dado que se encuentra recogida en una obra de carácter jurídico, esta versión procura respetar la integridad estructural de la redacción genuina y se muestra respetuosa con el lenguaje decenviral. Únicamente se incorpora el inciso “*super pecunia tutela(e)ve*” con la finalidad de precisar el sentido de la ambigua referencia a las *suae rei* del *pater familias*.

¹⁴⁵ Vid. *infra* capítulo V apartado 2.3.

¹⁴⁶ Buena parte de la doctrina ha considerado que se trataba de un instrumento jurídico muy similar a los legados, lo que concordaría con que se utilizase la forma verbal *legare* y el contexto en que recogían esta disposición tanto Gayo como Pomponio. En este sentido, SOLAZZI, S., *Diritto ereditario* I, cit., p. 45; VOCI, P., *Diritto ered.*, cit., pp. 13 ss.; WATSON, A., *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, (Nueva Jersey, 1975), pp. 59-61; MONACO, L., *Hereditas et mulieres*, cit., p. 9 n. 13; DE MARTINO, F., *Individualismo e diritto romano privato*, cit., pp. 16- 17; DILIBERTO, O., *Studi sulle origini della ‘cura furiosi’*, cit., pp. 79 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 718. TORRENT, A., *Derecho Privado Romano* (Madrid, 2008), p. 650.

También en relación con esta versión jurídica, cabe destacar que precisamente esa misma ambigüedad de la que adolecía la redacción original de XII Tab. 5.3 fue aprovechada por la jurisprudencia republicana para elaborar nuevas herramientas jurídicas que se adaptasen a las necesidades de una sociedad más individualista. Entre sus innovaciones destaca especialmente la articulación de una forma testamentaria que otorgaba una amplísima capacidad dispositiva al *pater familias*¹⁴⁷.

Dado que su origen se remonta, en última instancia, a la interpretación sobre la norma decenviral del “*uti legassit suae rei, ita ius esto*”, resulta comprensible que el autor de *Tit. Ulp.* 11.14 relacionase, a pesar de que no fuera estrictamente su origen, la tutela testamentaria con esta disposición decenviral.

¹⁴⁷ *Vid. infra* capítulo V apartado 4.4.

2.3. *SI INTESTATO MORITUR...*: LAS DOS VERSIONES DE XII TAB. 5.4 Y 5.5

Una vez analizada la primera de las disposiciones decenvirales que se ocupaban del fenómeno sucesorio, debemos indagar sobre la norma recogida convencionalmente en XII Tab. 5.4 y 5.5. De la misma manera que sucedía con la disposición relativa al “*uti legassit*”, las fuentes proporcionan varias versiones en torno a su posible redacción original, lo que ha originado intensos debates en el ámbito doctrinal.

Atendiendo a su antigüedad, la primera versión conocida aparece recogida tanto en la *Rhetorica ad Herennium* como en la obra de Cicerón. Al igual que sucedía con la versión más antigua de XII Tab. 5.3, se trataría nuevamente de dos redacciones que coincidían en su tenor literal y que aparecían encuadradas en dos textos de naturaleza retórica, por lo que posiblemente procedieran de una misma fuente común.

Rhet. ad Her. 1.13.23; Cic., De inv. 2.50.148: Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque.

Por otro lado, gracias al contenido de *Tit. Ulp. 26.1* tenemos constancia de otra redacción alternativa, que también aparece recogida en la *Collatio*. En este caso, se trata de fragmentos de procedencia puramente jurídica.

Tit. Ulp. 26.1; Collatio 16.4.1: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.

Como se puede observar, ambas redacciones partían de una misma estructura que comenzaba con la proposición “*si intestato moritur*”, luego proseguían haciendo referencia al objeto de la sucesión *ab intestato* y terminaban con una alusión directa a los destinatarios de la misma. Sin embargo, los textos presentan diferencias de gran calado, pues no coinciden en cuánto al objeto transmitido ni tampoco en relación con los posibles destinatarios del mismo¹⁴⁸. Precisamente estas divergencias son las que han suscitado una prolongada discusión en el seno de la doctrina romanística acerca de cuál de las dos redacciones pudiera ser la original.

¹⁴⁸ Entre los numerosos autores que han tratado las diferencias entre ambas versiones destacan las obras de KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 101 ss.; ALBANESE, B., *La successione*, cit., pp. 273 ss.; COLI, U., *Il testamento*, cit., pp. 34 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 8 ss.; BRETONNE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 26 ss.; GAUDEMET, J., *Uti legassit*, cit., pp. 109 ss.

Los autores que defienden la versión de las obras retóricas destacan su mayor cercanía con la obra decenviral¹⁴⁹, indicando además que estas obras habrían tendido a recoger mejor contenido de las normas, pues prestaban mayor atención al hecho de recoger el tenor literal exacto de las disposiciones originales a las que hacían alusión que en preocuparse por la vigencia de su contenido jurídico¹⁵⁰. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se ha decantado tradicionalmente en favor de la segunda de las versiones debido a su carácter jurídico¹⁵¹.

Desde nuestro punto de vista, ambas argumentaciones presentan elementos de cierta consistencia, pero que de ninguna manera pueden considerarse definitivos. La decisión de decantarse por una u otra versión no puede sustentarse únicamente en la presunta mayor exactitud jurídica de los textos procedentes de juristas o la proximidad temporal de las obras retóricas respecto al texto original. El análisis debe partir de un estudio comparativo entre ambos textos.

A este respecto, se pueden observar hasta cuatro grandes diferencias entre las dos versiones anteriormente señaladas:

¹⁴⁹ Se decantan en favor del testimonio recogido en Cicerón y la *Rhetorica ad Herennium*, entre otros, GUARINO, A., «Sui e adgnati nelle XII Tabulae», en *AUCT*, 3 (1943), pp. 204 ss.; ID., *Notazione romanistiche. 2. La "lex XII Tabularum" e la "tutela"*, cit., pp. 37 ss., ahora también en *Pagine di diritto romano*, 4 (Nápoles, 1994), pp. 150 ss.; LEPRI, M. F., *Saggi sulla terminologia*, cit., pp. 49 ss.; VARELA MATEOS, E., «La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), pp. 552 ss.; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., pp. 26 ss.; ID., *La versione retorica e la versione giuridica*, cit., p. 2.

¹⁵⁰ FRANCIOSI, G., *La versione retorica e la versione giuridica*, cit., p. 2.

¹⁵¹ Esta es sin duda la versión más apoyada por la doctrina. Entre la inmensa mayoría de los autores que se decantan en favor de la que se conoce como la versión jurídica de XII Tab. 5.4 se encuentran romanistas tan relevantes como WLASSAK, M., *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht I*, cit., pp. 3 ss.; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano*, vol. I, cit., p. 230; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., pp. 457 ss.; ALBANESE, E., «*Familia pecuniaque* e la pretesa dicotomía originaria del patrimonio romano», en *AUPA*, 20 (1949), pp. 149 ss., pp. 208 ss.; SOLAZZI, S., «L' "in iure cessio hereditatis" e la natura dell'antica "hereditatis"», en *Iura*, 3 (1952), pp. 36 ss.; BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni* (Milán, 1955); BONFANTE, P., *Corso di diritto romano VI*, cit., pp. 66 ss.; VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 8-9; KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, cit., pp. 695 ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 177 ss.; AMIRANTE, L., «Sulle XII tavole. Un'ipotesi di lavoro: le «sequenze» e l'ordine delle norme decemvirali», en *Index*, 20 (1992), pp. 205 ss.; DILIBERTO, O., *Materiali per la palinogenesi delle XII tavole*, cit., pp. 97 ss.; TALAMANCA, M., «L'acquisto dell'eredità da parte dei 'gentiles' in XII tab. 5. 5», en *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage a la memoire de André Magdelein* (París, 1998), pp. 447 ss.; BRETONNE, M., *I fondamenti*, cit., pp. 26 ss.; SANTALUCIA, B., *Diritto ereditario romano. Le fonti* (Bologna, 1999), p. 142; SCHERILLO, G., *Corso di Diritto romano. Il testamento*, (Bologna, 1999), p. 121.

1. De la misma forma que sucedía con XII Tab. 5.3, en la formulación retórica de estas disposiciones aparece una mención expresa a la figura del *pater familias* como causante, que no se recoge en el testimonio de *Tit. Ulp.* 26.1 y *Collatio* 16.4.1.
2. La diferencia más notable entre ambas redacciones consiste en la omisión de toda referencia a los *sui heredes* en la versión retórica, mientras que en la formulación jurídica desempeña un papel determinante. Conociendo la posición que ocupaban los *sui heredes* en la antigua configuración familiar romana, esta divergencia se nos antoja trascendental para comprender el significado de la norma.
3. Asimismo resulta sorprendente el contraste entre ambas formulaciones a la hora de presentar el orden de delaciones *ab intestato*. En la versión jurídica parece quedar claro que a falta de *sui heredes* se llama a los agnados y, en ausencia de éstos, a los gentiles. Por el contrario, en la redacción retórica se utiliza la intrincada expresión “*agnatum gentiliumque*” para referirse a esta delación a la sucesión escalonada.
4. El objeto de la sucesión hereditaria recibe una denominación distinta en cada una de las dos versiones conservadas. Mientras que en la redacción jurídica se indica que los familiares agnados o gentiles se hacían cargo de la “*familia*” en concepto de sucesión, en la formulación retórica se alude al concepto de “*familia pecuniaque*”.

2.3.1. UNA VERSIÓN RETÓRICA EN PARALELO A XII TAB. 5.3

La formulación más antigua que se conserva sobre estas dos disposiciones decenvirales aparece recogida exactamente en los mismos fragmentos en los que se contemplaba la denominada versión retórica de XII Tab. 5.3. Como hemos destacado en el apartado anterior, se trataba de obras que no presentaban una naturaleza jurídica, en cuanto que analizaban la problemática que conllevaba la constitución de un testamento por parte de *Publicius Malleolus* desde un punto de vista retórico¹⁵².

Sin embargo, los autores que defienden la autenticidad de esta versión afirman que no puede descartarse por el simple hecho de que se haya encontrado recogida en textos de carácter retórico¹⁵³. Por el contrario, destacan que debe tenerse en cuenta su mayor cercanía temporal respecto a la ley de las XII Tablas y que, por norma general, los gramáticos republicanos solían mostrarse más cuidadosos a la hora de reflejar el contenido de los antiguos textos jurídicos.

Desde nuestro punto de vista, a pesar de que resulta indiscutible que se trata de la formulación de mayor antigüedad, no pueden obviarse las expresiones lingüísticas empleadas en esta construcción. Los paralelismos con el precepto sobre el “*uti legassit*” son más que evidentes, pues no solo se conservan versiones de ambas disposiciones decenvirales en los mismos fragmentos, sino que además en ambos supuestos se utilizan expresiones que resultan cuando menos sospechosas¹⁵⁴.

A la vista de las conclusiones que hemos alcanzado en el apartado anterior, esta coincidencia no puede sino generar cierta desconfianza de partida hacia la denominada versión retórica de XII Tab. 5.4 y 5.5. En general, son tres las expresiones lingüísticas que generan mayor escepticismo: la utilización del término *pater familias*, la referencia a la *familia pecuniaque* y la expresión *agnatum gentiliumque*.

¹⁵² Vid. *supra* capítulo V apartado 2.3.

¹⁵³ Entre los autores que se han mostrado más proclives a aceptar su autenticidad destacan LEPRI, M. F., *Saggi sulla terminologia*, cit., pp. 48 ss.; GUARINO, A., *Notazione romanistiche*, cit., pp. 37 ss.; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., p. 26; OLIVIERO, G. M., «A proposito di *successio ordinum* nell'eredità intestata delle Dodici Tavole», en *SDHI*, 68 (2002), pp. 625-631.

¹⁵⁴ En este sentido, FRANCIOSI, G., *Manuale di storia del diritto romano* (Nápoles, 2000), p. 62, destaca como argumento en favor de la formulación retórica el hecho de que “i grammatici usavano i precetti in maniera più conservativa, ad altri fini che non sono quelli dell'applicazione pratica, la quale richiede anche un adeguamento sostanziale alla realtà in movimento”.

Al igual que sucedía con la redacción atribuida a la norma sobre el “*uti legassit*”, los textos de Cicerón y del autor de la *Rethorica ad Herennium* también comienzan mencionando expresamente a la figura del *pater familias*. Sin embargo, ya destacamos que además de resultar extraña a las construcciones de época decenviral, esta alusión resultaba completamente innecesaria. En una disposición que regulaba el fenómeno hereditario únicamente podía tratarse del cabeza de familia.

Por otra parte, en esta versión también se emplea la locución *familia pecuniaque* para hacer referencia al objeto de la acción. A este respecto, debemos remitirnos a las conclusiones obtenidas anteriormente sobre las distintas denominaciones del patrimonio familiar en época decenviral: originariamente únicamente se usaba el término *familia*, mientras que la utilización de esta expresión constituye un anacronismo histórico que se emplea en estas obras retóricas con fines aclaratorios.

Con respecto a la tercera de las divergencias textuales entre las dos redacciones, ambas reconocen un sistema escalonado de llamamientos a la sucesión *ab intestato* que alude a los parientes agnados y gentiles. Sin embargo, mientras que la versión jurídica realizaba una doble utilización de la expresión “*nec escit*”¹⁵⁵, la formulación retórica empleaba la confusa construcción “*agnatum gentiliumque*”.

A este respecto, los defensores de esta última versión¹⁵⁶ alegan que esta misma expresión aparecía en Paulo, *59 ad Ed.*, D. 50.16.53 pr., donde se explicaba que no debería entenderse en sentido cumulativo¹⁵⁷. Ahora bien, la doctrina más autorizada ha declarado que esa locución no se corresponde con el lenguaje de la época decenviral¹⁵⁸, sino que más bien parece haber surgido como resultado de la transmisión oral de las XII Tablas o por la tendencia hacia la abreviación de los retóricos¹⁵⁹.

¹⁵⁵ OLIVIERO, G. M., «*A proposito di successio ordinum*», cit., pp. 625-631, se ocupa especialmente de las acepciones que presenta la doble referencia a la partícula “*nec escit*” en esta disposición decenviral.

¹⁵⁶ DILIBERTO, O., «*Successione legitima*», en *ED*, 43 (1993), pp. 1298 ss., ha puesto de manifiesto que esa expresión no era exclusivamente utilizada por los retóricos, sino que también se empleaba con cierta frecuencia en el ámbito jurídico.

¹⁵⁷ A este respecto, FRANCIOSI, G., *Clan gentilicio*, cit., pp. 350 ss., defiende que la pretendida sucesión por grados habría sido diseñada posteriormente por la jurisprudencia postdecenviral.

¹⁵⁸ Para un análisis desde el punto de vista filológico, DI OTTAVIO, D., *Uti legassit*, cit., pp. 9 ss.

¹⁵⁹ GUARINO, A., *Le “XII Tabulae” e la tutela*, cit., p. 152, nt 34, afirma que “Ma è chiaro che la variante può agevolmente spiegarsi con l'ipotesi di brevilozienza di Cicerone e dell'*Auct. ad Herennium*, quando anche non voglia pensarsi che la subordinazione dei *gentiles* agli *adnati* e la limitazione all'*adgnatus proximus* siano venute in essere nella giurisprudenza posteriore”.

En un sentido similar se manifiesta VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 9.

En todo caso, independientemente de cual fuera la causa que motivase el empleo de una expresión de estas características, parece evidente que no concuerda con el estilo sencillo y desproblematizado de la ley de las XII Tablas.

En consonancia con la alusión directa a la figura del *pater familias*, esta versión no recogía ninguna mención expresa a los denominados *sui heredes*. Resulta evidente que si la persona que moría intestada era un *pater familias*, los primeros herederos llamados a la sucesión serían sus herederos naturales. Por ese motivo, parece congruente que la formulación retórica hubiera optado por prescindir del inciso “*cui suus heres nec escit*” que aparecía recogido en la versión jurídica.

Ahora bien, como veremos más adelante esta omisión plantea la cuestión de si realmente el inciso se encontraba recogido en la redacción original de las XII Tablas y habría sido suprimido porque los retóricos lo consideraron reiterativo o, por el contrario, podría tratarse de una expresión añadida con posterioridad en el tiempo.

2.3.2. LA VERSIÓN DE *TIT. ULP. 26.1*

A diferencia de la redacción que se conserva en las obras retóricas, la versión recogida en *Tit. Ulp. 26.1* y, en términos similares, en la *Collatio* 26.4.1¹⁶⁰, se enmarca en un contexto puramente jurídico. En este sentido, se trata del fragmento que encabeza el título “*de legitimis heredibus*”, en el que se expone un orden de llamamientos propio de la época postclásica, en el que prevalece la delación testamentaria sobre la sucesión *ab intestato* de *sui heredes*, agnados y gentiles.

Tit. Ulp. 26.1: Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae: id enim cautum est lege Duodecim Tabularum hac: "Si intestato moritur, cui suus heres nec est, agnatus proximus familiam habeto".

Como se puede observar, la alusión a la redacción de las tablas decenvirales aparece como broche final, como queriendo ratificar que el orden de llamamientos que se había expuesto hundía sus raíces en el primer sistema de sucesiones hereditario que establecieron los romanos. Todo apunta a que mediante esta referencia a la disposición decenviral se pretendía trazar un cierto paralelismo entre la regulación originaria y la que se aplicaba en época postclásica. A diferencia de la versión retórica, en este caso existía una necesidad extrínseca de exactitud¹⁶¹.

Así se entendería que la terminología empleada en esta versión concordase con los usos lingüísticos que se empleaban en época decenviral. Frente a los deslices que aparecían en la versión recogida por Cicerón y el autor de la *Rethorica ad Herennium*, en esta versión no solo se habría prescindido de la superflua alusión al *pater familias*, sino que además se utilizaría acertadamente el término *familia* en sentido patrimonial para referirse al objeto de la *hereditas* en época decenviral.

¹⁶⁰ *Collatio* 26.4.1.2: *Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: 'Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento'. Nunc nec ullus est heres hinc nec gentilicia iura in usu sunt.*

¹⁶¹ La expresión proviene de la obra de CASTRO SÁENZ, A., *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla, 2002), p. 122.

Con la misma finalidad de respetar el lenguaje que posiblemente se emplease en las XII Tablas, tampoco aparece la expresión “*agnatum gentiliumque*”. En su lugar, se recoge una doble utilización de la expresión “*nec escit*”¹⁶², que permite entender mejor el pretendido orden de llamamientos escalonados que supuestamente la ley de las XII Tablas habría contemplado. Esta partícula pondría de manifiesto que la sucesión hereditaria de los gentiles estaría subordinada a la ausencia de agnados, que a su vez solo sucederían al *pater familias* que careciese de *sui heredes*. Esta construcción resulta mucho más congruente con las redacciones de época antigua.

En atención a estos argumentos, la mayor parte de la doctrina ha considerado que probablemente esta era la versión que se encontraba recogida en las XII Tablas¹⁶³. Ahora bien, si bien es cierto que esta formulación tardía parece que ajustarse mejor a la terminología jurídica de la época decenviral, todavía albergamos algunas reservas sobre la concordancia absoluta de esta versión con la redacción original. En concreto, nuestras sospechas se centran en la expresión “*cui suus heres nec escit*”.

¹⁶² OLIVIERO, G. M., *A proposito di successio ordinum*, cit., pp. 625-631, se ocupa de las acepciones que presentaba la doble referencia a la partícula “*nec escit*” en las disposiciones decenvirales.

¹⁶³ Entre los principales autores en defensa de la versión jurídica de la Tabla 5.4 se cuentan BONFANTE, P., *Storia*, cit., p. 166; CORSO VI, cit., pp. 66 ss.; ROBBE, U., «Origine e concetto della eredità», en *Studi Cagliari*, 25 (1937), pp. 22 ss.; ALBANESE, B., *Familia pecuniaque*, cit., pp. 273 ss.; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 695 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., pp. 457 ss.; SANTALUCIA, B., *Diritto ereditario*, cit., p. 42; SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., pp. 121 ss.; SIBER, H., *Römisches Recht*, cit., pp. 329 ss.; SOLAZZI, S., *L'in iure cessio hereditatis*, cit., pp. 36 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 8 ss.; CRAWFORD, M. H., *Roman Statutes*, vol. II (Londres, 1996), pp. 640 ss.; TALAMANCA, M., *L'acquisto dell'eredità da parte dei “gentiles” in XII Tab. 5.5*, cit., p. 448.

2.3.3. UNA TERCERA VERSIÓN ALTERNATIVA

De acuerdo con el análisis que hemos realizado acerca del tenor literal de las dos versiones que se han conservado de las disposiciones contenidas en XII Tab. 5.4 y 5.5, podemos concluir que a pesar de que ambas presentan una estructura parecida en el fondo, la versión retórica contiene ciertos elementos textuales, como la alusión expresa al *pater familias* o el empleo de otras expresiones de origen claramente postdecenviral como “*familia pecuniaque*” o “*agnatum gentiliumque*”, que impiden inexorablemente remontar su antigüedad a la época decenviral.

Descartada, pues, la redacción retórica, parece que el camino queda despejado para decantarse en favor de la versión jurídica. En favor de esta conclusión debemos recalcar que no solo se ajusta al lenguaje de la época decenviral, sino que su contenido también parece concordar con el orden sucesorio de época postclásica. Sin embargo, a pesar de que no presentaba ningún aspecto insalvable, mantenemos nuestras sospechas sobre la autenticidad de la expresión “*cui suus heres nec escit*”.

El origen de nuestro escepticismo con respecto a esta expresión se fundamenta en el hecho de que no apareciese recogida en la versión retórica. Aunque se tratase de una formulación con varias alteraciones lingüísticas, nada parece justificar una omisión que trasciende con mucho el ámbito formal para modificar por completo el contenido material de la disposición original. Tratando de encontrar una explicación verosímil a esta cuestión se han planteado diversas hipótesis.

Por nuestra parte ya hemos apuntado la posibilidad de que, teniendo en cuenta que la versión retórica recogía una alusión expresa al *pater familias*, se hubiera decidido suprimir cualquier mención a los *sui heredes* por considerarse innecesaria. Si la persona que moría intestada en época arcaica era un *pater familias*, resultaba evidente que las personas llamadas a recibir su patrimonio preferentemente eran sus herederos naturales. Sin embargo, en el momento en que se publicaron estas obras retóricas se encontraban completamente generalizados los llamamientos por vía testamentaria¹⁶⁴, que prevalecían sobre las delaciones legítimas. En este contexto, todavía habría sido necesario seguir manteniendo la expresión “*cui suus heres nec escit*” para reflejar la destacada posición de los *sui heredes* en la *successio ordinum* de las XII Tablas.

¹⁶⁴ Vid. *infra* capítulo V apartado 2.4.

En cuanto a las explicaciones aportadas por la doctrina, se ha planteado que es posible que la omisión se debiera bien a alteraciones producidas como consecuencia de la transmisión oral de las XII Tablas, bien obedeciera a algún descuido por parte de los retóricos¹⁶⁵ o que incluso pudiera haberse suprimido conscientemente por razones de brevedad debido a que en el episodio que se relataba en relación con el testamento de *Publicius Malleolus* no intervenía ningún *suus heres*¹⁶⁶.

Sin embargo, estas hipótesis no son convincentes, pues resulta complicado imaginar que, al menos en el caso de un hombre con la formación jurídica de Cicerón, hubiera omitido un aspecto de tanta relevancia en materia sucesoria. Pero además, las dos exposiciones de carácter retórico se hacían precisamente eco de las disposiciones decenvirales para fundamentar la aplicación de la analogía retórica. En este sentido, una hipotética modificación de la redacción original de las XII Tablas estaría justificada para incluir elementos aclaratorios, pero difícilmente se podría aceptar que se hubiera suprimido una parte que afectaba al contenido esencial de la norma.

Ante la ausencia de argumentos de peso que permitan justificar esta pretendida omisión en la versión retórica de XII Tab. 5.4, cabe plantearse la posibilidad de que la expresión “*cui suus heres nec escit*” nunca hubiera estado contemplada en la redacción original de las XII Tablas, sino que se tratase de una inclusión posterior. En apoyo de esta hipótesis, debemos destacar que si bien otras fuentes jurídicas confirman algunas partes del contenido original de esta disposición¹⁶⁷, en ninguna de ellas se encuentra la más mínima referencia a los *sui heredes*.

Esta suposición concordaría con la naturaleza de la obra de Cicerón y el autor de la *Rethorica ad Herennium*, pues no muestran interés por los fundamentos jurídicos o la aplicación práctica del fragmento decenviral. Únicamente aluden de manera transversal

¹⁶⁵ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 9, afirma que “è dubbio, invece, se l’omissione dell’inciso relativo ai *sui* sia dovuta alla tradizione orale, oppure a trascuratezza degli scrittori di retorica”. Como fundamento de la primera posibilidad, el autor indica además que en Gai. 1.165 se omite cualquier alusión a los *sui heredes* al ocuparse de la regulación sucesoria establecida en las XII Tablas.

¹⁶⁶ Esta ha sido la posición tradicionalmente defendida por COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto*, cit., p. 213 y retomada posteriormente por GUARINO, A., Recensión a M. F. Lepri, «Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone», en *SDHI*, 10 (1944), pp. 406 – 410.

¹⁶⁷ En este sentido cabe destacar que se conservan diversas referencias decenvirales construcciones como “*si intestato moritur*” (Paulo, *1 ad Sab.*, D. 28.2.9.2), su variante “*si intestato... decceserit*” (Tit. Ulp. 29.1), “*adgnatus proximus familiam habeto*” (Ulpiano, *46 ad Ed.*, D. 50.16.195.1) o la simple alusión al término “*proximus*” (Pomponio, *2 ad Sab.*, D. 50.16.162 pr.).

a estas disposiciones para sustentar un discurso de carácter retórico. Desde esta nueva perspectiva cabe pensar que aunque la versión retórica contuviera algunas alteraciones lingüísticas para actualizar el lenguaje decenviral, posiblemente se mostrase respetuosa con la estructura esencial de la redacción original.

En la versión jurídica se produce el efecto contrario. A pesar de que los autores del *Epitome Ulpiani* y la *Collatio* habrían respetado el lenguaje decenviral, conscientes de la importancia de la precisión terminológica en el ámbito jurídico, sin embargo no se habrían podido contener a la hora de añadir el inciso “*cui suus heres nec escit*” como expresión aclaratoria¹⁶⁸. Esta alteración resultaría comprensible desde el punto de vista de los autores postclásicos, pues mientras que durante la época decenviral se daba por descontado que a la muerte del *pater familias* los bienes patrimoniales que constituían la familia pasaban automáticamente a los *sui heredes*, la regulación jurídica del fenómeno sucesorio en el período tardío es completamente distinta.

En este mismo orden de ideas cabe pensar que la construcción de la expresión “*cui suus heres nec escit*” fue elaborada en época tardía tomando como referencia la partícula “*nec escit*” que aparecía en la versión original únicamente para determinar la primacía de los parientes agnados respecto a los gentiles. Posiblemente inducido por la errónea suposición de que la disposición decenviral debía reflejar el mismo orden de llamamientos que existía en su época, habría utilizado esa misma construcción con el fin de otorgar verosimilitud a esta alteración del tenor literal de XII Tab. 5.4.

Desde nuestro punto de vista, la versión recogida en las XII Tablas no debió contener ninguna alusión directa a los *sui heredes*. Como hemos venido destacando a lo largo de nuestra investigación, la tradición les otorgaba la condición de continuadores naturales de la *familia*. Por ese motivo, los decenviros debieron considerar que no era necesario reafirmar su indiscutible prevalencia hereditaria. Los romanos antiguos eran perfectamente conscientes de que los descendientes legítimos del *pater familias* tenían derecho a recibir la *hereditas*, de manera que la denominada sucesión hereditaria solo se contemplaba en ausencia de estos herederos naturales.

¹⁶⁸ En contra se manifiesta LEVY-BRUHL, H., *Observations sur le régime succesoral del XII Tables*, en *Nouvelles Études sur le très ancien droit romain* (París, 1947), pp. 33 ss., donde afirma que la cláusula “*cui suus heres nec escit*” no era más que una paráfrasis y que, por tanto, no añadía ningún contenido esencial a la norma recogida en XII Tab. 5.4

La regulación implantada por la ley de las XII Tablas en materia sucesoria queda completamente distorsionada desde la generalización del testamento como mecanismo de ordenación de la sucesión hereditaria. En consecuencia, a partir del siglo IV a.C. desaparece la consideración de que los *sui heredes* eran los herederos por antonomasia del *pater familias*. Solo así se explicaría que en época tardía resultase imprescindible añadir una mención a los *sui heredes*, pues a pesar de que así se modificaba el tenor literal de la disposición decenviral, la finalidad de estas obras jurídicas buscaba reflejar la *successio ordinum* recogida en las XII Tablas.

Como consecuencia de lo expuesto hasta el momento, consideramos como lo más probable que la formulación original de XII Tab. 5.4 y 5.5 estuviera redactada en estos términos: “*Si intestato moritur, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*”.

3. LA PRIORIDAD HISTÓRICA DE LOS DENOMINADOS HEREDEROS NATURALES

3.1. UNA VISIÓN DE CONJUNTO

De acuerdo con el análisis realizado en el apartado anterior, sobre la autenticidad de las distintas versiones que se han conservado de las tres principales disposiciones decenvirales en materia sucesoria, podemos extraer la conclusión de que las XII Tablas establecían una regulación en tres estadios:

XII Tab. 5.3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto.*

XII Tab. 5.4: *Si intestato moritur, adgnatus proximus familiam habeto.*

XII Tab. 5.5: *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

Una vez determinado el tenor literal de estas disposiciones, nos encontramos en condiciones de afrontar cómo se articulaba el antiguo sistema sucesorio romano. La ley de las XII Tablas plasmaba un orden de llamamientos en el que a primera vista se distinguen dos tipos de delaciones contrapuestas: la sucesión testamentaria frente a la sucesión ab intestato¹⁶⁹. No obstante, la interpretación de estos fragmentos ha constituido el punto de partida de un larguísimo debate en el seno de la doctrina sobre la prioridad histórica de una u otra forma de sucesión hereditaria.

Tradicionalmente se ha considerado que la expresión “*si intestato moritur*” que encabeza XII Tab. 5.4 pone de manifiesto una cierta preferencia histórica en favor de la sucesión testamentaria. La posición subordinada de la sucesión ab intestato se derivaría del hecho de que su propia denominación se presenta bajo una formulación negativa, es decir, que solo entraría en juego en defecto de la sucesión testamentaria¹⁷⁰. De acuerdo con esta perspectiva, dado que la sucesión ab intestato se encuentra regulada entre XII Tab. 5.4 y 5.5, se tiende a pensar que la disposición relativa al *uti legassit* reconocía la existencia de la sucesión testamentaria¹⁷¹.

¹⁶⁹ De hecho, es muy posible que a partir de esta ordenación surgiese la famosa locución latina “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”. Sobre el origen y posterior desarrollo de la expresión, COPPOLA BISAZZA, G., «Nascita e declino dell'adagio “*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”», en *Teoría e storia del diritto privato*, 5 (2012).

¹⁷⁰ No obstante, algunos autores entre los que se encuentra SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., p. 169, han criticado que la denominación “*ab intestato*” se haya utilizado como argumento para reafirmar la prioridad lógica de la sucesión testamentaria.

¹⁷¹ La regulación decenviral sobre la sucesión testamentaria parece confirmarse gracias a los testimonios de Gai. 2.224 y Pomponio, 5 *ad Q. Mucio*, D. 50.16.120.

Desde el punto de vista de los principales defensores de la prevalencia histórica de la delación testamentaria¹⁷², la regulación sucesoria contenida en las XII Tablas se habría encargado de reflejar no solo que existía una delación testamentaria¹⁷³, sino que además ocupaba una posición prioritaria. En consecuencia, la primera disposición sobre la sucesión hereditaria conservada en XII Tab. 5.3 habría contemplado la delación testamentaria y, solo en defecto de esta, se recogían los llamamientos subordinados a la denominada sucesión hereditaria *ab intestato*.

Sin embargo, en el capítulo anterior hemos señalado que si bien la disposición decenviral sobre el *uti legassit* constituía el punto de partida de una amplísima facultad de disposición, se trataba de una facultad que recaía sobre elementos que no estaban directamente asociados con el patrimonio familiar. Por ese motivo, en XII Tab. 5.3 no se empleaba el término *familia*, sino que se utilizaba la ambigua expresión de “*suae rei*” para referirse a bienes que pertenecían al *pater familias* de manera privativa. De esta forma, concluimos que esta disposición regulaba un instrumento jurídico similar a los legados, pero en ningún caso una verdadera forma testamentaria.

Por otra parte, aun admitiendo que pudiera existir esa preferencia histórica por la sucesión testamentaria, no deja de sorprender que no se conozca ninguna disposición decenviral en la que se regule la figura del testamento¹⁷⁴. Tratándose del instrumento que ordenaba la principal delación sucesoria, parece razonable que la ley de las XII Tablas hubiera recogido, cuando menos, alguna disposición acerca de su alcance, contenido o pautas sobre su ejercicio en el plano procesal. Sin embargo, no se tiene conocimiento de ninguna referencia al respecto en toda la ley decenviral.

¹⁷² Los principales postulados de esta postura se encuentran recogidos en la obra de BONFANTE, P., *Corso I*, cit., pp. 1 ss.; *Corso VI*, pp. 60 ss.; *L'origine dell'hereditas e dei legata nel Diritto successorio romano*, en *Scritti Giuridici Varii* (Turín, 1926) pp. 97 ss., que en términos generales ha sido bien recibida por buena parte de la doctrina, entre los que destacan, prestigiosos romanistas como SOLAZZI, S., «Contro la rappresentanza del defunto», en *RISG*, 58 (1916), pp. 227-286; LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento*, cit., pp. 12 ss.; LONGO, G., *Manuale elementare di diritto romano* (Turín, 1939), p. 441; BETTI, E., *Ancora in difesa della congettura dal Bonfante*, cit., pp. 241 ss.; SANFILIPPO, C., *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles, 1960), p. 305; FREZZA, P., *Corso*, cit., pp. 20 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pp. 524 ss.; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., pp. 558 ss.; CASTRO, A., *Herencia y mundo antiguo*, cit., pp. 68 ss.

¹⁷³ A este respecto, destaca especialmente la obra de PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por J. Ferrández González (Madrid, 1926), p. 519, quién considera que ambas formas de delación existieron desde el origen de Roma, apoyando su argumentación sobre la famosa leyenda de Acca Laurencia que hace testamento en favor del rey Rómulo.

¹⁷⁴ BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 628.

Una vez descartada la posibilidad de que la disposición decenviral acerca del “*uti legassit*” contemplase una forma de delación testamentaria en época decenviral, debemos centrar nuestra atención en analizar el orden de llamamientos sucesorios propuesto en XII Tab. 5.4 y 5.5. De conformidad con la mayor parte de la doctrina, estas dos disposiciones ponen de manifiesto la articulación de un sistema sucesorio fundamentado sobre la prevalencia histórica de la sucesión legítima¹⁷⁵.

Admitiendo esa prioridad histórica, sin embargo, debemos analizar las distintas delaciones que parece contemplar la ley de las XII Tablas. Según la reconstrucción que hemos realizado en los apartados anteriores, la redacción original de estas disposiciones aludía expresamente a los parientes agnados más próximos y, en su ausencia, a los gentiles, pero sin embargo no se mencionaba a los *sui heredes*. Precisamente de estos herederos debemos ocuparnos en el siguiente apartado.

¹⁷⁵ Entre los autores más destacados se cuentan FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique*, cit., pp. 80 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, cit., pp. 11 ss.; WESTRUP, C. W., *La succession primitive devant l'histoire comparative* (París, 1928), pp. 32 ss.; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 29 ss.; DAUBE, D., «*Intestatus*», en *RH*, 15 (1936), pp. 341 ss.; WIEACKER, F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte der römischen Gesellschaftsrecht* (Weimar, 1936), pp. 187 ss.; VOICI, P., *Esame delle tesi del Bonfante*, cit., pp. 101-146.; COLI, U., *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, en *Iura*, 7 (1956), pp. 63 y 64.; TORRENT, A., *Venditio hereditatis, La venta de herencia en Derecho Romano* (Salamanca, 1966), p. 77.; DI MARZO, S., *Istituzioni di Diritto romano* (Milán, 1968), p. 465.; KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, cit., pp. 91 ss.; JÖRS-KUNKEL, P., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 444; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 172 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 677.; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 733; DALLA, D. y LAMBERTINI, R., *Istituzioni di Diritto romano*, (Turín, 1996), p. 460. SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., p. 169; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 578; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de derecho privado romano* (Madrid, 2018), 10ª ed., pp. 404 ss.

3.2. *SUI ET NECESSARII HEREDES*

Como hemos destacado anteriormente¹⁷⁶, cualquier persona a la que se reconocía la condición de sucesor universal del difunto *pater familias*, adquiría la condición de heredero. Desde una perspectiva acorde con la regulación del fenómeno sucesorio que se utilizaba en época clásica, en las instituciones de Gayo se recogía una clasificación en la que se distinguían tres clases de herederos: los *heredes necessarii*, los *heredes sui et necessarii* y los *heredes extranei vel voluntarii*¹⁷⁷. A continuación, se precisaba qué personas formaban parte de cada uno de estos grupos.

Primero comenzaba destacando que se consideran *heredes necessarii tantum*¹⁷⁸ aquellos esclavos que habían sido instituidos herederos al mismo tiempo en que habían sido manumitidos por su *pater familias*, de forma que cuando este fallecía se convertían en libertos y adquirirían la condición de herederos, independientemente de su propia voluntad¹⁷⁹. De esta manera, lo que en realidad caracterizaba a los herederos necesarios era el automatismo, pues adquirirían esa condición sin necesidad de celebrar un acto de aceptación y sin posibilidad de renunciar a la *hereditas*.

En contraposición a ellos, los herederos extraños no se encontraban sometidos a la potestad del difunto y requerían de un acto de aceptación para adquirir la *hereditas*, por lo que también se denominaban herederos voluntarios. Dentro de este conjunto se encontraban también los herederos instituidos por una mujer o aquellos esclavos que fueron manumitidos con anterioridad a que se les instituyese como herederos a causa de la muerte del *pater familias* que les había concedido la libertad¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Vid. *supra* capítulo V apartado 1.2.

¹⁷⁷ Gai. 2.152: *Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei*.

¹⁷⁸ Esta expresión aparece referida en Tit. Ulp. 22.24: *Inter necessarios heredes, id est servos cum libertate heredes scriptos, et suos et necessarios, id est liberos, qui in potestate sunt, iure civili nihil interest: nam utrique etiam inviti heredes sunt. Sed iure praetorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur; necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur*.

¹⁷⁹ Gai. 2.153: *Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia siue velit siue nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est*.

¹⁸⁰ Gai. 2.161: *Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur: itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei videntur; qua de causa et qui a matre heredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. servi quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur*.

Ahora bien, en las instituciones de Gayo se menciona una tercera categoría: los denominados “*heredes sui et necessarii*”. Se trataba de herederos que se caracterizaban por adquirir la posición de herederos automáticamente al ser considerados necesarios, pero que además ostentaban la condición de *sui heredes*. Bajo esta denominación se englobaba a todos los herederos que se encontraban inmediatamente sometidos a la autoridad del *pater familias* cuando este fallecía.

Gai. 2.156: *Sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiae, nepos neptis ex filio et deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt: sed uti nepos neptis suus heres sit, non sufficit eum in potestate aui mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius uiuo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptis in locum sui patris succedunt.*

Con mayor precisión, al tratar sobre las sucesiones *ab intestato* en el comienzo del tercer comentario de sus instituciones, el jurista antoniniano indicaba que entre los *sui heredes* se contaban tanto los *fili familias* nacidos en el seno de un matrimonio legítimo, como los hijos incorporados a la familia a través de cauces adoptivos¹⁸¹, la mujer casada *cum manu* con el causante¹⁸² e incluso también los hijos póstumos que hubieran nacido después del fallecimiento del *pater familias*¹⁸³.

¹⁸¹ Gai. 3.2: *Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, ueluti filius filiae, nepos neptis ex filio, pronepos proneptis ex nepote filio nato prognatus prognatae. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptiui. ita demum tamen nepos neptis et pronepos proneptis suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit siue alia ratione, ueluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus* (= Inst. 3.1.1; Coll. 16.2.1).

¹⁸² Gai. 3.3: *Vxor quoque, quae in manu eius, qui moritur, est, ei sua heres est, quia filiae loco est. Item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu fuerit, cum pater moritur, in potestate eius non sit. Idemque dicemus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est* (= Coll. 16.2.3).

¹⁸³ Gai. 3.4: *Postumi quoque, qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt* (= Inst. 3.1.2; Coll. 16.2.4). Aunque las fuentes parecen confirmar que la ley de las XII Tabas ya contemplaba a los hijos póstumos entre los *sui heredes* (Ulpiano, 14 *ad Sab.*, D. 38.16.3.9; Paulo, 17 *ad Plaut.*, D. 5.4.3), se trata de una cuestión debatida en la doctrina. A pesar de que no se conserva ninguna disposición decenviral que aluda a los hijos póstumos como *sui heredes*, gracias al testimonio de Gell., *Noct. Att.* 3.16.12 (recogido convencionalmente en XII Tab. 4.4) se sabe que la ley de las XII Tabas afirmaba la legitimidad del hijo que hubiera nacido dentro del plazo de los diez meses inmediatamente posteriores a la muerte del *pater familias* que presumiblemente era su padre. En consecuencia, durante la época decenviral todo hijo póstumo ostentaría la condición de *suus heres* siempre y cuando su nacimiento se produjera dentro de ese plazo legalmente establecido.

De acuerdo con estas explicaciones, la calificación de *sui heredes* englobaría a todos aquellos miembros del grupo familiar que se encontraban sometidos a la potestad del mismo *pater familias* en el momento de su fallecimiento. Aunque todos ellos eran herederos necesarios, estas dos categorías no eran equiparables. A este respecto, Gayo destaca que se consideraban *sui heredes* porque ostentaban la condición de herederos domésticos, mientras que su calificación como herederos necesarios se debía a que se convertían en herederos de forma automática.

Gai. 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo, siue uelint siue nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.*

Ahora bien, todavía resulta ciertamente complicado atisbar el sentido original de la expresión “*sui heredes*”. Como hemos destacado en el primer capítulo de nuestra investigación, el término *heres* se utilizaba en época antigua para designar a todas las personas que se hacían cargo del patrimonio doméstico, en cuanto que se convertían en los nuevos titulares del *heredium* familiar¹⁸⁴, aunque con el paso del tiempo acabaría empleándose como un sinónimo del término *dominus*. Por el contrario, se desconoce el sentido original que le agregaba el vocablo *suus*.

A este respecto, ni siquiera se conoce cuál era el orden de la expresión original, pues en función de la posición de las palabras podría significar el *suus* que ostentaba la condición de heredero (*suus heres*) o el heredero que ostentaba la condición de *suus* (*heres suus*)¹⁸⁵. De acuerdo con la mayor parte de la doctrina, resulta más probable desde el punto de vista lingüístico que *suus* actuase como un sustantivo, mientras que *heres* se habría utilizado con una función calificadora¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vid. *supra* capítulo V apartado 1.2.

¹⁸⁵ Así se expresa LÓPEZ-RENDÓ RODRÍGUEZ, C., «La sucesión intestada en la ley de las XII Tablas», en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Raimundo Yanes* (Burgos, 2000), p. 558, que a continuación realiza un sucinto recorrido por las distintas posiciones que ha mantenido la doctrina en torno al significado original de la expresión “*sui heredes*”.

¹⁸⁶ A pesar de que ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 494., recuerda que en un primer momento se consideraba que el término *suus* aludía al *pater familias* difunto como genitivo del *heres*, traducéndose la expresión como el heredero del difunto, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina actual considera que el término *heres* debe entenderse como una aposición del sustantivo *suus*.

Por tanto, la clave radicaría en descifrar el significado original del término *suus*. Dado que se encuentra asociado al ámbito doméstico, algunos autores han considerado que podría haberse utilizado para diferenciar a los herederos inmediatamente sometidos a la autoridad del *pater familias*¹⁸⁷ de aquellos otros herederos que no devenían *sui iuris* con la muerte del cabeza de familia. De esta manera, es posible que la expresión *suus heres* se hubiese elaborado en contraposición a la figura del *heres extraneus* al que alude Gai. 2.157 en su clasificación de época clásica¹⁸⁸.

Frente a esta hipótesis fundamentada en la prioridad histórica de la delación testamentaria, la mayor parte de la doctrina tiende a interpretar que la expresión *suus heres* se debería traducir como “heredero de sí mismo”¹⁸⁹. Esta denominación sería consecuencia directa de la especial situación que ocupaban estos herederos domésticos durante la vida del *pater familias*, pues convivían en la misma casa y participaban en la gestión de un conjunto de elementos patrimoniales de naturaleza familiar.

El hecho de que los *sui heredes* conviviesen en la vivienda familiar explicaba que, de conformidad con Gai. 2.157, fueran considerados “*quodam modo domini*” del patrimonio doméstico. Aunque la titularidad correspondiera al *pater familias*, lo cierto es que ellos participarían en la toma de decisiones y podrían disponer de esos bienes como si les pertenecieran. En el momento del fallecimiento del cabeza de familia, ellos adquirirían la condición de *sui heredes* y se convertían en los verdaderos titulares de un patrimonio familiar que venían disfrutando con anterioridad. Así se entendería que la expresión “*sui heredes*” hiciera referencia a la condición de herederos de sí mismos, pues en cierto sentido se estaban heredando a sí mismos.

¹⁸⁷ En este sentido se pronuncian, entre otros, KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., pp. 879 ss.; LENEL, O., «Zur Geschichte der *heredis institutio*», en *Essays in legal History* (Londres, 1914), pp. 120 ss.; ID., «Rechtstellung des *proximus* und der *gentiles* im altrömischen Erbrecht», en *ZSS*, 35 (1914), pp. 128 ss.; KIRK, W. H., «*Suus heres*», en *ZSS*, 58 (1938), p. 161.

¹⁸⁸ BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. V, cit., pp. 228 ss., asienta su interpretación sobre el hecho de que Gai. 2.157 designa a estos *sui heredes* como herederos domésticos. Desde este punto de vista, la denominación de *suus heres* debía entenderse como una originaria restricción a la capacidad testamentaria del *pater familias*, que solo habría podido nombrar como herederos a familiares que formasen parte de su comunidad doméstica.

¹⁸⁹ Entre los numerosos autores que han defendido esta postura doctrinal, han destacado las aportaciones realizadas por romanistas como MICHON, L., «La succession “*ab intestat*” d’après les XII Tables», en *NRH*, 45 (1921), pp. 120 ss.; WLASSAK, M., *Studien*, cit., pp. 151 ss.; WIEACKER, F., *Societas*, cit., pp. 12 ss.; WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman Law*, cit., pp. 73 ss.; BIONDI, B., *Diritto ereditario*, cit. p. 216; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 82 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 34 ss.

A pesar de que esta teoría tiende a sostenerse sobre la base de la existencia de una cierta comunidad fraternal constituida tras la muerte del *pater familias*¹⁹⁰, lo cierto es que no resulta convincente que la denominación de *sui heredes* pueda traducirse como herederos de sí mismos. Incluso admitiendo que participasen en la gestión de los bienes familiares, lo cierto es que serían siempre herederos del *pater familias* difunto, pues la propia noción de sucesión hereditaria implica siempre una cierta alteración en favor de los continuadores o sucesores hereditarios. La propia concepción de heredero se opone a la idea de continuidad en la misma persona.

Desde nuestro punto de vista, resulta mucho más verosímil que el término *suus* se tradujese simplemente como propio o apropiado. Ahora bien, esta interpretación no debe entenderse en un sentido posesivo respecto al *pater familias* como hacía Bonfante, ni tampoco en relación con la propia persona del heredero como hemos señalado que sostiene la doctrina mayoritaria. El *suus heres* es el heredero propio o apropiado en cuanto que es el heredero que se considera más conveniente, es decir, el heredero que tiene mejores condiciones para ostentar esa condición.

Ahora bien, mientras que los principales exponentes de esta interpretación han pretendido relacionar la noción de conveniencia con la pretendida prevalencia histórica de la delación testamentaria¹⁹¹, desde nuestra perspectiva resulta complicado conjugar esa idea con la designación del heredero a través del testamento. Difícilmente se habría podido hablar de una pluralidad de *sui heredes* en caso de nombramiento testamentario, pues el *pater familias* habría elegido a un solo heredero, que además no sería el más conveniente por sus características objetivas personales, sino porque el *pater familias* lo habría considerado el más apropiado conforme a su propio criterio¹⁹².

¹⁹⁰ Sobre el denominado *consortium ercto non cito*, vid. *infra* capítulo V apartado 3.5.

¹⁹¹ El principal exponente de esta interpretación doctrinal ha sido FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano: Lezioni dettate nella Università di Napoli*, vol. I (Nápoles, 1902), pp. 336 ss., que argumentaba que la noción de *suus heres* debía entenderse en el sentido de sucesor natural, de forma paralela a otras expresiones jurídicas de época antigua como “*sua tempora*”, “*sua die*”, “*suo pretio*” o “*suus iudex*”. De acuerdo con su interpretación, el *suus heres* sería el heredero por antonomasia, es decir, aquel que por sus específicas características se encuentra más cualificado para heredar al *pater familias*. Esta teoría parece haber sido acogida también por COSTA, E., *Storia del diritto romano*, cit., p. 467.

¹⁹² En este sentido, BIONDI, B., *Diritto ereditario*, cit., p. 216, ya había señalado en su momento que esta interpretación se contraponía frontalmente a la pretendida prevalencia del heredero testamentario, pues independientemente de las condiciones personales de cada heredero, realmente la persona escogida por el testador sería quien ostentase la condición de heredero más apropiado.

Por el contrario, nuestra interpretación concuerda perfectamente con el hecho de que la primera regulación del fenómeno sucesorio estuviera regulada conforme a una cierta *naturalis ratio* que habría justificado la prevalencia hereditaria de los *sui heredes*. Estos ostentaban una doble condición personal que les convertía en los herederos más convenientes: en tanto que eran *heredes*, estaban llamados a continuar con las relaciones jurídicas del *pater familias*, pero al mismo tiempo, debido a su condición de *suus* estaban obligados a hacerse cargo de otros elementos familiares extrapatrimoniales como los *sacra familiaria*, el *ius sepulchri*, el patronato o la tutela.

Por ese motivo, en las instituciones de Gayo aparecen calificados como “*heredes sui et necessarij*”, pues mediante esta denominación se aludía a todos los miembros de la comunidad doméstica que automáticamente se convertían en titulares del patrimonio familiar a partir del momento en que fallecía el *pater familias* al que se encontraban sometidos. No se trataba de una designación voluntaria, sino que los *sui heredes* eran los herederos por antonomasia, es decir, aquellos que naturalmente aseguraban la idea de continuidad familiar con su sola existencia.

3.3. *IN SUI HEREDIBUS EVIDENTIUS APPARET CONTINUATIONEM DOMINII*

El reconocimiento de la hegemonía interna del *pater familias* permitía asegurar el orden interno del grupo familiar, pues todas las personas y bienes pertenecientes al grupo se encontraban subordinados a su dominio. Su cualificada posición de mando dotaba a ese conjunto heterogéneo de un sentido unitario y posibilitaba que la familia funcionase de manera organizada. El cabeza de familia asumía esas potestades con la obligación de procurar la supervivencia de la comunidad familiar.

Ahora bien, el *pater familias* no podía encargarse de realizar todas las labores que proporcionaban productividad al grupo, sino que contaba con el resto de miembros de la familia para lograr ese objetivo¹⁹³. Su labor principal consistía en promover desde la dirección del grupo familiar que todos los familiares contribuyesen en la medida de sus posibilidades a mantener o incrementar el patrimonio familiar, para posteriormente realizar una adecuada gestión de esos recursos.

En estas circunstancias, resulta razonable pensar que cuando algunos miembros de la familia demostraban suficiente capacidad de discernimiento y habían alcanzado una cierta experiencia personal, fueran invitados a colaborar en la toma de decisiones sobre los asuntos de la comunidad doméstica. Desde esta perspectiva parece que podría entenderse que las fuentes calificasen a los *sui heredes* como herederos domésticos que “*quodam modo domini existimantur*”.

Paulo, 2 *ad Sab.*, D. 28.2.11: *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.*

¹⁹³ A este respecto, en las instituciones de Gayo se indicaba que los cabezas de familia podían adquirir también a través de las personas que estaban sometidas a su *potestas*, *manus o mancipio*.

Gai. 2.86: *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiue habemus; item per eos seruos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus: de quibus singulis diligenter dispiciamus.*

Como hemos visto en el apartado anterior, esta misma expresión aparecía en el fragmento de las instituciones de Gayo (2.157) y también se encuentra recogida en un pasaje de las Instituciones de Justiniano¹⁹⁴. La repetición de esta misma estructura lleva a pensar que todas estas referencias beben de una misma fuente en común, que se remonta a los comentarios de Paulo a Sabino, en los que con toda probabilidad se trataba sobre la delación legítima de la antigua *hereditas*¹⁹⁵.

De acuerdo con el testimonio de Paulo, la consideración de los *sui heredes* como una especie de condóminos del patrimonio familiar en vida del *pater familias* explicaba que se hablase de una cierta *continuatio dominii*. En efecto, a la muerte del cabeza de familia no se producía una sucesión, sino que los *sui heredes* se convertían en titulares de un complejo familiar que, en cierto sentido, ya les pertenecía. Se trataba entonces de verdaderos continuadores de la comunidad familiar¹⁹⁶.

Sólo desde esa perspectiva puede entenderse la aclaración posterior del jurista, donde recuerda que se utiliza el término *filius familias* del mismo modo que se habla de *pater familias*. Con esta afirmación, aparentemente irrelevante¹⁹⁷, se pretendía poner de manifiesto que aunque ostentasen diferente condición personal, ambos formaban parte de la familia. La aclaración se muestra acorde con el reconocimiento de la participación de los hijos de familia en los asuntos familiares.

¹⁹⁴ Inst. 2.19.2: *Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius filia nepos neptisque ex filio et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. sed ut nepos neptisque sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet alia ratione liberatus potestate: tunc enim nepos neptisque in locum patris sui succedit. sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.*

¹⁹⁵ De acuerdo con la interpretación de VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 33-34, el hecho de que Sabino se ocupaba de la *hereditas legitima* puede deducirse tanto por el hecho de que sabemos que en el segundo libro de los comentarios a Sabino por Paulo se ocupaba, entre otras cuestiones, de la *hereditas legitima*, como por el hecho de que Gayo, que muy posiblemente habría utilizado los textos de Paulo para redactar sus instituciones, repita también la afirmación “*si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum*”, cuando en realidad no era necesario para explicar el término *sui heredes*.

¹⁹⁶ Como destaca FUENTESECA DEGENEFEE, M., *La formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)* (Madrid, 2004), p. 129, es posible incluso que la expresión originaria hubiera sido “*continuatio familiae*” y que sólo a partir de la expansión del concepto de *dominium* en sentido patrimonial hubiera sido sustituida por “*continuatio dominii*”.

¹⁹⁷ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., pp. 159 ss., consideraba que se trataba de una frase intrascendente en relación con el contenido principal del fragmento.

Sin embargo, tanto la veracidad del fragmento como su alcance jurídico han sido ampliamente debatidos por la doctrina. Mientras que la autenticidad de este fragmento resulta fundamental para los defensores de la denominada teoría germánica sobre la comunidad de bienes o *Hausgemeinschaft*¹⁹⁸, otros destacados romanistas no sólo han vertido duras críticas desde el punto de vista metodológico¹⁹⁹, sino que además han puesto en duda su autenticidad desde el punto de vista jurídico²⁰⁰.

Ahora bien, no parece que esas posibles alteraciones hubieran podido modificar el contenido esencial del fragmento²⁰¹. El caudal discursivo de Paulo mantiene coherencia en todo momento. En primer lugar, comienza afirmando la existencia de una *continuatio dominii* entre los *sui heredes*. Posiblemente con esta afirmación pretendía destacar que durante la época antigua el fenómeno hereditario se desarrollaba como un proceso continuado, sin que se produjera la transmisión hereditaria que implicaba la regulación sucesoria que estaba vigente en época de Paulo.

Esa idea de continuidad se refuerza con la calificación de los *sui heredes* como hijos de familia, que a continuación se explica que eran considerados “*quodam modo dominii*” en vida del *pater familias*. Así, se aclara que antes de convertirse en titulares de la *hereditas*, estos herederos naturales ya habrían ostentado cierto poder de gestión sobre los bienes que constituían el patrimonio doméstico. Sin embargo, termina destacando que hasta el momento del fallecimiento del *pater familias* no se convertían en verdaderos titulares de ese patrimonio, hecho que se producía independientemente de que estos hubieran sido instituidos como herederos²⁰².

¹⁹⁸ Vid. *infra* capítulo V apartado 3.5.

¹⁹⁹ DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., p. 15 nt. 16, señala que no resulta creíble que los juristas clásicos tuvieran conocimiento de aspectos de la organización familiar que se remontasen a tiempos tan remotos y completamente ajenos a la mentalidad romana de su época.

²⁰⁰ Las críticas más feroces contra la autenticidad de los textos han sido expuestas por Solazzi y Albanese. En el caso de SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., pp. 159 ss.; ID., «“*Quodam modo*” nelle istituzioni di Gaio», en *SDHI*, 19 (1953), pp. 124 ss., no solo considera interpolada la frase “*etiam vivo patre quodam modo domini existimantur*” tanto en el pasaje paulino como en Gayo, sino que además ha destacado que la *continuatio dominii* no era un fenómeno único de los *sui heredes*, sino que se producía en todo fenómeno hereditario. Por su parte, ALBANESE, B., *La successione*, cit., pp. 218 ss., habría realizado una minuciosa crítica del texto paulino, llegando a la conclusión de que se encontraba notablemente alterado por interpoladores de época postclásica.

²⁰¹ Al respecto, TORRENT, A., «*Consortium ercto non cito*», en *AHDE*, 34 (1964), pp. 498 ss.

²⁰² La última referencia que recoge el fragmento en relación con la potestad paternal para desheredar a los *sui heredes* parece una alteración de época posterior, que, sin embargo, debió incluirse con la intención de reforzar el testimonio de Paulo.

A pesar de que pueda contener algunas alteraciones, el texto presenta un hilo argumentativo consistente: antiguamente se utilizaba la expresión *continuatio dominii* para reflejar la existencia de una práctica socialmente extendida, que se manifiesta en la transformación de unos *sui heredes* que eran considerados “*quodam modo dominii*” hasta el fallecimiento de su *pater familias*, pero que a partir de ese momento recibían la calificación de verdaderos dueños del patrimonio familiar. Paulo se muestra preciso en los términos, pues su intención es reflejar desde la perspectiva jurídica una realidad que se desarrolla como consecuencia de los antiguos usos sociales.

En el fondo, subyace la idea de que a pesar de que la titularidad del patrimonio familiar correspondía exclusivamente al *pater familias*, otros miembros de su círculo familiar más cercano también participaban de manera habitual en la gestión de los bienes que pertenecían a la comunidad doméstica. De esta forma, se explica que en el momento en que se producía el fallecimiento del *pater familias*, la continuidad familiar se asegurase a través del denominado *consortium ercto non cito*.

3.4. LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE CONTINUACIÓN FAMILIAR

De acuerdo con el testimonio de Ulpiano, hemos visto que a la muerte del *pater familias* todas las personas libres que estaban inmediatamente sometidas a su poder devenían jurídicamente independientes. Esta circunstancia implicaba la fragmentación del grupo familiar originario, pues cada uno de sus miembros pasaba a formar parte de una nueva comunidad doméstica. Si bien es cierto que mantenían cierta vinculación a través de la *familia communi iure*²⁰³, parece que la antigua comunidad doméstica se extinguía con el fallecimiento del cabeza de familia.

Aunque la exposición de Ulpiano se ocupa exclusivamente de las consecuencias que se producían en el plano familiar desde el punto de vista personal, cabe suponer que también se produciría una repartición del patrimonio familiar. Al igual que sucedía con las personas que componían la comunidad familiar, el *pater familias* también ostentaba el *dominium* sobre los bienes que componían el patrimonio familiar. En consecuencia, cabe pensar que la disgregación de los diferentes hijos de familia vendría acompañada por la consiguiente repartición del antiguo patrimonio familiar.

Sin embargo, mientras que la desintegración del antiguo grupo familiar suponía una consecuencia prácticamente inevitable, en cuanto que los hijos de familia aspiraban a encabezar sus propios grupos familiares, la repartición del patrimonio familiar podía resultar prácticamente irrealizable. Durante la época antigua parecen existir diferentes motivos de peso para mantener la unidad del patrimonio doméstico.

El primer aspecto a tener en cuenta es que durante la época arcaica la economía de las familias romanas se sustentaba en el patrimonio doméstico. Al tratarse de una sociedad dedicada al pastoreo y la agricultura²⁰⁴, las principales actividades de carácter económico se centraban en la explotación de la tierra y el ganado. Desarrollar de forma adecuada estas labores requería necesariamente contar con la participación de todos los elementos pertenecientes a la comunidad doméstica, entre los que se cuentan tanto los miembros personales como los recursos materiales.

²⁰³ Vid. *supra* Ulpiano, 46 ad Ed., D. 50.16.195.2.

²⁰⁴ Aunque de acuerdo con la obra de DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua*, cit., pp. 10 ss., tradicionalmente se ha considerado que la sociedad romana tenía naturaleza eminentemente pastoral, otros autores como MARCONE, A., *Storia dell'agricoltura romana* (Roma, 1997), pp. 102-103, han destacado que desde la época arcaica se perciben trazos de la importancia de la agricultura romana en ceremonias tradicionales como la antiquísima *confarreatio*.

Los miembros del grupo utilizaban todos los bienes del patrimonio familiar para asegurar un abastecimiento que les permitiese mantener una economía de subsistencia sin depender de otros factores externos. En estas circunstancias, el mantenimiento de la cohesión patrimonial resultaba determinante, pues su división conllevaría una notable disminución de la capacidad productiva²⁰⁵. De esta manera, cada una de las nuevas agrupaciones familiares surgidas tras la muerte del *pater familias* carecería de recursos suficientes para asegurar su propia subsistencia.

Como consecuencia de esa dependencia económica, durante la vida del antiguo *pater familias* se constituía un verdadero *modus vivendi*. Todos los miembros del grupo han convivido en un régimen de solidaridad, asumiendo que su propia supervivencia dependía de la colaboración con el resto de familiares. La aceptación de esta forma de vida comunitaria generaba entre ellos un sentimiento de *fraternitas*²⁰⁶ que caracteriza las relaciones familiares de la época antigua.

Por ese motivo, la indivisión del patrimonio familiar no sólo aparece como una exigencia desde el punto de vista económico, sino que además parece sustanciarse en la aceptación tradicional de la forma de vida comunitaria. Los romanos consideran que deben mantener el mismo régimen patrimonial que mantenían en vida del *pater familias* y que ha resultado tan beneficioso para todos. Y esa convicción se plasmaba tanto en el ámbito político, como especialmente en el religioso²⁰⁷.

²⁰⁵ En este sentido, GUTIERREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societas*, vol. I: “*Consortium erecto non cito*” (Madrid, 1989), p. 119, afirma que “estos factores económicos influyeron grandemente en el ámbito de la propiedad, fomentando su forma familiar, pues los *fratres* consortes sabían que si pedían la división obtendrían parcelas iguales, pero insuficientes para abastecer a sus respectivas familias, y también en los planos tecnológico y demográfico”.

²⁰⁶ Con respecto a la trascendencia jurídica de la *fraternitas* en la historia jurídica romana, *vid.* GORIA, F., «Riflessioni su fraternità e diritto», en *Relazionalità nel diritto: quale spazio per la fraternità*, *Atti del Convegno, Castelgandolfo, 18-20 novembre 2005* (Roma, 2006), pp. 31 ss.

²⁰⁷ Sobre la importancia de la religión en la Roma arcaica, *vid.* GIOFFREDI, C., «Religione e diritto nella più antica esperienza romana», en *SDHI*, 20 (1954); BOYANCÉ, P., «Les *penates* et l'ancienne religion romaine», en *Revue des Études Anciennes*, 54 (1952), pp. 109 ss.; DE FRANCISCI, P., «La comunità sociale e politica romana primitiva», en *SDHI*, 22 (1956), pp. 1 ss.; FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique*, cit., pp. 3 ss.; DUMÉZIL, G., *La religion romaine archaïque* (París, 1966); ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, cit., pp. 519 ss.; LIEBESCHUETZ, J.H.W., *Continuity and Change in Roman Religion* (Oxford, 1979); KASER, M., «Religione e diritto in Roma arcaica», en *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart, 1993), pp. 151 ss.; SCHEID, J., *La religion des Romains* (París, 1998); DE MARCHI, A., *Il Culto privato di Roma Antica*; RIBAS ALBA, J. M., *Persona*, cit., pp. 1 ss.; MARCOS CELESTINO, M., *La religión romana arcaica. Una propuesta para su estudio* (Madrid, 2004), pp. 15 ss.; MAIURI, A., *Sacra privata*, cit., pp. 19 ss.

Con respecto al factor religioso, ya hemos destacado en el capítulo anterior la importancia que tenía el culto privado para los grupos familiares antiguos, pues en los primeros compases de la historia de Roma se consideraba que todos los aspectos de la vida cotidiana estaban regidos por los designios de los dioses. Por ese motivo, los ritos domésticos se cumplían de forma escrupulosa durante la vida del *pater familias*, quién debía encargarse de fomentar ese deber religioso en sus hijos de familia.

Como consecuencia de la relevancia del componente religioso, los *sui heredes* no solo se hacían cargo del patrimonio familiar, sino que también debían ocuparse de perpetuar el culto a los *sacra familiaria*. Aunque estos elementos extrapatrimoniales se desenvolvían en un plano independiente a la sucesión hereditaria²⁰⁸, se consideraba que constituían uno de los pilares centrales de la comunidad familiar. Esto explicaría que todos los miembros de la antigua *familia proprio iure* desearan seguir compartiendo los mismos ritos sacramentales que habían conocido durante toda su vida.

Pero además, la indisolubilidad del patrimonio familiar se apuntalaba gracias al factor político. La tradición atribuye a Servio Tulio una reforma en la que la pertenencia a una de las cinco clases sociales existentes durante la época antigua dependía del hecho de ser propietario de tierras, que era el criterio utilizado para fijar las contribuciones a los servicios públicos²⁰⁹. Cuanto mayor fuera tanto la extensión como la valoración de las tierras en cuestión, superior sería la clase social a la que resultaría adscrita la familia y, en consecuencia, disfrutaría de mayores privilegios.

De conformidad con esta distribución social, cualquier división del patrimonio familiar conllevaba el riesgo de que los hijos de familia descendieran a una clase social inferior a la que disfrutaban en vida del *pater familias* y, en consecuencia, perderían importancia en la vida política de la *civitas*. La aplicación de este criterio censitario de carácter timocrático establecía así fuertes incentivos para que los hijos de familia mantuvieran unido el patrimonio familiar²¹⁰.

²⁰⁸ BIONDI, B., *Obietto dell'antica hereditas*, cit., p. 67.

²⁰⁹ Liv. 1.42.2.-5: *Censum enim instituit, rem saluberrimam tanto futuro imperio, ex equo belli pacisque munia non viritim, ut ante, sed pro habitu pecuniarum fierent; tum classes centuriasque et hunc ordinem ex censu discipsit, vel paci decorum vel bello.*

²¹⁰ Sobre las consecuencias que supuso la aplicación de los criterios timocráticos impuestos a raíz de la reforma serviana como forma de organización social en Roma, vid. FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique*, cit., pp. 404 ss.; DEL CASTILLO, A., «La reforma serviana, punto de arranque de los cambios posteriores», en *Gerión*, 2 (1989), pp. 213 ss.

Todas estas causas de índole económica, social, religiosa y política impulsaban a que los hijos de familia que devenían *sui iuris* a la muerte del *pater familias* prefirieran mantener indiviso el patrimonio familiar. Desde el punto de vista personal la comunidad se fragmentaba en diversas familias encabezadas por los antiguos hijos de familia que no estuvieran sometidos a otra autoridad dominical, quienes, sin embargo, optaban por mantener un dominio común tanto sobre los bienes patrimoniales como sobre aquellos elementos inmateriales que daban sentido a la antigua comunidad doméstica. En este sentido, las fuentes clásicas aluden a la constitución de una sociedad entre los distintos hijos de familia que recibe la denominación de “*ercto non cito*”.

3.5. EL DENOMINADO *CONSORTIUM ERCTO NON CITO*

3.5.1. *SOCIETAS LEGITIMA ET NATURALIS*

Gracias a la información proporcionada por algunas fuentes de época clásica se tiene noticia de la existencia de una antiquísima forma de comunidad, que los romanos denominaban *consortium ercto non cito*²¹¹. Sin embargo, hasta el descubrimiento de los papiros egipcios de Antinoe, publicados en el año 1933, no se pudo llegar a comprender la trascendencia de esta institución romana²¹². La publicación de estos papiros permitió completar algunas páginas pertenecientes a las instituciones de Gayo que no estaban recogidas en el manuscrito veronés²¹³. En relación con el *consortium ercto non cito*, este descubrimiento aporta una información determinante.

Gai. 3.154: *Sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 3.154a. Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare dicimus.*

²¹¹ Aparte de las diversas referencias recogidas en las instituciones de Gayo, la existencia de un antiguo *consortium* de carácter fraternal aparecía mencionado en la obra de diversos autores de época clásica. La alusión más antigua que se conoce aparece en la obra de Varrón (*de res rust.* III 16.2): “*Nam cum pauper cum duobus fratribus et duobus sororibus essem relictus...*” aunque todavía en el siglo I a.C. encontramos nuevas referencias en textos procedentes de la obra de Valerio Máximo (*fact. et dict.* 4.4.8) o de Cicerón (*de orat.* 1.56.237). Por su parte, el famoso historiador Tito Livio recuerda la vigencia de este consorcio en el año 174 a.C. cuando señala que “*...et L. Fului, qui frater germanus et, ut Ualerius Antias tradit, consors etiam censoris erat*” (Liv. 41.27.2). Con posterioridad en el tiempo se conocen todavía diversas alusiones al *consortium* en un sentido impreciso (Plin. Minor, *Ep.* 8.18.4; Gell., *Noct. Att.* 1.9.12; Fest., p. 72 L.), junto a otras referencias que parecen centrarse en desentrañar el oscuro significado de la expresión *erctum citum*. A este respecto, Nonio (p. 405 L.) recuerda que “*citum diuisum vel separatum*”, mientras que Quintiliano (*Inst.* 8.3.13) reconoce que “*opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis ut, quid sit clarigatio erctum citum*”.

²¹² En general, la doctrina ha aceptado y sigue la versión publicada en el año 1933 por ARANGIO-RUIZ, V., «Frammenti di Gaio», en *Pubblicazioni della Società italiana papiri greci e latini* (Florencia, 1934), pp. 1 ss., recogida un año más tarde también en «Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni», en *BIDR*, 42 (1934), pp. 571 ss. y con posterioridad en *La società in diritto romano* (Nápoles, 1950), pp. 3 ss.

²¹³ La versión contenida en el manuscrito veronés se limitaba a señalar que “*Sed haec quoque societas, de qua loquimus id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est: itaque inter omnes homines naturali ratione consistit*”, lo que indujo a pensar a autores como ARANGIO-RUIZ, V., *P.S.I.*, cit., p. 88 o LÉVY, E., «Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius», en *ZSS*, 54 (1934), p. 271, que los textos encontrados en Antinoe eran anteriores en el tiempo y su contenido fue simplificado cuando estos fragmentos se transcribieron en la versión veronesa.

En contraposición al resto de fuentes de la época antigua que hacían referencia a esta institución, las instituciones de Gayo aportan una información detallada al respecto: en primer lugar, el jurista comienza destacando las principales características de esta antigua sociedad romana. Tomando como punto de partida la muerte del *pater familias*, se destaca que a partir de ese momento se generaba entre sus herederos una sociedad “*legitima et naturalis*”, indicando que recibía la denominación de “*ercto non cito*” por tratarse de una situación de dominio indiviso.

Con respecto a esta última cuestión, el fragmento gayano se detiene en el origen etimológico de la expresión para recordar que el término *erctum* se utilizaba en relación con la propiedad, mientras que *ciere* significaba dividir. En consecuencia, esta antigua comunidad fraternal recibiría la denominación de “*ercto non cito*” porque consistía en una sociedad con un régimen de propiedad indiviso. Aunque esta interpretación parece coincidir con la reconstrucción filológica propuesta por Servio²¹⁴, ha sido rechazada por la inmensa mayoría de la doctrina romanística debido a su inconsistencia con algunos testimonios recogidos en otras fuentes antiguas²¹⁵.

En primer lugar, la interpretación etimológica defendida por Gayo no parece concordar en ningún caso con el testimonio aportado por Festo en relación con el origen del significado de estos términos.

Fest., *De verb sign.* (72 L.): *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum. Unde et erciscendae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo.*

²¹⁴ De acuerdo con GUTIERREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societas*, vol. I, cit., pp. 66 ss., la interpretación de Gayo se basaba en la controversia que habrían mantenido Servio y Donato en relación con un verso de la Eneida (Serv., *Ad Aen.*, 8.642: *Donatus hoc loco contra metrum sentit dicens: “citae”, divisae, ut est in iure “ercto non cito”, id est patrimonio vel hereditate non divisa; nam “citus”, cum divisus significat, ci longa est. Ergo “citae” veloces intellegamus*). Mientras que el tema central de la disputa se centra en la cuestión métrica, ambos contendientes parecen estar de acuerdo en que el antiguo término *citus* es el participio pasado del verbo *ciere*.

²¹⁵ Entre las principales aportaciones doctrinales se encuentran TONDO, S., «Il consorzio domestico nella Roma antica», en *Atti e Memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere “La Colombaria”*, 40 (1975), pp. 139 ss.; ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 142 ss.; TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, cit., pp. 482 ss.; BIONDI, B., «Valore delle etimologie dei giuristi romani», en *Synthese V. Arangio-Ruiz*, vol. II (Nápoles, 1964), pp. 739 ss.; BRETON, M., *Storia del diritto romano* (Roma, 1987), pp. 318 ss.; TALAMANCA, M., «Società (dir. rom.)», en *ED*, 42 (1990), pp. 815 ss.; CANNATA, C. A., *Corso di Istituzioni di diritto romano*, vol. I (Turín, 2001), pp. 530 ss.; EVANGELISTI, M., «*Consortium, erctum citum*: etimi antichi e riflessioni sulla proprietà arcaica», en *Diritto @ historia*, 6 (2007), pp. 1 ss.

Si bien es cierto que la explicación del gramático romano resulta algo confusa²¹⁶, parece claro que Festo considera que el término *erctum* se derivaba del verbo *ercisci*²¹⁷, idea que también aparece reflejada en un fragmento del *De oratore* de Cicerón, donde el arpinate menciona de pasada el término *erctum*.

Cic., *de orat.* 1.56.237: *Nam neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coemptio fiat, nesciat, eundem eius mulieris, quae coemptionem fecerit, causam posse defendere; nec, si parvi navigi et magni eadem est in gubernando scientia, idcirco qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit.*

Este fragmento se encuadra dentro de la crítica contra la arrogancia de algunos abogados que demuestran su ignorancia en los pleitos. Por ese motivo, Cicerón destaca que de la misma forma que no es de admirar que los abogados que ignoran la fórmula de la *coemptio* puedan defender la causa de la mujer casada por *coemptio*, tampoco se debería tolerar que defendiera una causa de partición de la herencia un abogado que ignorase los términos y fórmulas con que se hacía la partición.

Ahora bien, a nuestros efectos no resulta tan interesante el contenido crítico del discurso, sino que Cicerón utilice la expresión “*erctum cieri*” para referirse al litigio de división hereditaria. Aunque esta misma utilización todavía aparece empleada en otros textos jurídicos posteriores²¹⁸, resulta especialmente sorprendente esta utilización en otro fragmento de las instituciones de Gayo:

Gai. 2.219: *Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est diuidunda, accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut ei, quod per praeceptionem legatum est, adiudicetur.*

²¹⁶ A la oscuridad del término también se refiere Quintiliano, cuando afirma “*opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis ut, quidsit clarigatio erctum citum*” (*Inst. or.* 7.3.13).

²¹⁷ El propio gramático utiliza nuevamente esa asimilación cuando hace referencia a las “*disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*” (Fest., *De verb sign.* (63 L.)) o cuando definía expresamente el término *inercta* como *indivisa* (Fest., *De verb sign.* (98 L.)). Un recorrido a lo largo de las distintas interpretaciones que la doctrina romanística ha mantenido sobre el significado del término “*herctum*” puede encontrarse en EVANGELISTI, M., *Consortium, erctum citum*, cit., nt. 15.

²¹⁸ Cfr. Gayo, 7 *ad Ed. prov.*, D. 10.2.1 pr.; Inst. 4.6.20; Isid., *Etym.* 5.25.9.

Como se puede observar, este fragmento se ocupa de la forma de reclamar un *legatum per praeceptionem*. Al respecto, Gayo señala que cualquier beneficiario podía reclamar el objeto del legado ejercitando la *actio familiae erciscundae*. Ahora bien, este fragmento resulta especialmente interesante a nuestros efectos, porque cuando el jurista alude a esta acción realiza una equivalencia entre los verbos *ercisci* y *dividere*. Según esta afirmación, el significado del término “*erctum*” se debería traducir como dividido, lo que implicaría asumir que la explicación terminológica recogida en el otro pasaje de las instituciones de Gayo estaba equivocada.

Ahora bien, si el término *ercisci* equivalía a *dividere*, resulta complicado aceptar que el término *cito* adoptase el significado de dividido²¹⁹. En este sentido, parece claro que la construcción *citum* era el participio pasado del verbo *ciere*²²⁰, pero frente a la explicación que nos proporcionaba Gayo, resulta mucho más probable que aludiese a su concepción originaria como provocado, desencadenado o puesto en movimiento, como parece deducirse del testimonio de Festo: *Citere enim vocitare est, unde proci et prociet; procitare saepe prolicere id est producere*²²¹.

De acuerdo con esta nueva perspectiva, la mayor parte de la doctrina romanística ha tendido a descartar la interpretación etimológica recogida en los papiros de Antinoe, afirmando en su lugar que la antigua expresión “*ercto non cito*” debería traducirse como división no provocada o no desencadenada por ninguno de los consortes²²². Una vez establecido que la denominación de *consortium ercto non cito* se debía a que sus miembros decidían mantenerlo indiviso, debemos profundizar en la naturaleza de esta antigua comunidad fraternal. A este respecto, Gayo destaca tres grandes rasgos del consorcio familiar: legitimidad, naturalidad e indivisión.

²¹⁹ A este respecto, ARANGIO-RUIZ, V., *Il nuovo Gaio*, cit., p. 596 mantiene que la expresión “*ercto non cito*” podía ser traducida como “división no dividida”, pues el término *erctum* haría referencia, en tanto que se considera el participio sustantivado del verbo *ercisci*, a la hipotética división del patrimonio familiar que podrían solicitar los herederos del *pater familias*. Ahora bien, como estos prefieren mantener indiviso ese patrimonio, la comunidad fraternal que surgía como consecuencia de esa omisión recibía la denominación de *consortium ercto non cito*.

Sin embargo, los principales estudios filológicos parecen mostrarse reacios a aceptar la reconstrucción propuesta por Gayo, vid. ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym.*, cit., s.v. *cio*, p. 119; s.v. *ercisco*, p. 200; WALDE, A. y HOFFMAN, J. B., *Lat. Etym.*, cit., s.v. *cio*, p. 213; s.v. *(h)erctum*, p. 640.

²²⁰ En esta misma línea, Non. 181: *Citum: divisum vel separatum*.

²²¹ Fest., *De verb. sign.* (72 L.).

²²² TONDO, S., *Il consorzio domestico*, cit., p. 143, considera que la expresión “división no provocada” implica una tautología, pues la unión sería consecuencia de la indivisión.

En primer lugar, la calificación como sociedad legítima parece indicar que este consorcio se encontraba regulado en alguna disposición de carácter legislativo. Puesto que todas las fuentes inciden en la antigüedad del *consortium*²²³, el texto legislativo en cuestión debía situarse en la época más remota de la historia jurídica romana. En este sentido, solo caben dos posibilidades: o bien Gayo pretendía hacer referencia a una *lex* pública de época predecenviral²²⁴ o se trataba de la ley de las XII Tablas²²⁵.

En este sentido, debemos tener en cuenta que en los primeros compases de la historia jurídica romana, las escasas disposiciones legislativas que se promueven desde el poder monárquico están orientadas al ámbito del derecho público. Las denominadas *leges regiae* consistirían en preceptos sacros destinados a regular aspectos de la vida social romana, por lo que no parece que pudieran regular una institución de carácter marcadamente privado como el *consortium ercto non cito*.

Pero incluso aceptando esa posibilidad, resulta ciertamente complicado imaginar que un jurista tardoclásico como Gayo, a pesar del gran conocimiento sobre el derecho en el mundo antiguo que demuestra en sus instituciones, pudiera tener constancia de la existencia de normas legislativas que regulasen este *consortium* en época predecenviral. De esta forma, la utilización del calificativo *legitima* únicamente podía significar que esta institución se encontraba recogida en la ley de las XII Tablas. En este sentido, cabe destacar que el propio Gayo reconoce que una disposición decenviral ya reconocía la existencia de la *actio familiae erciscundae*²²⁶.

²²³ Como destaca ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 167-168, la mención de la *actio familiae erciscundae* en la ley de las XII tablas manifiesta la existencia del *consortium ercto non cito* en época predecenviral. A este respecto, TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, cit., p. 486, sitúa el momento de mayor apogeo de la institución consorcial a principios del siglo V a.C.

²²⁴ Ésta teoría hunde sus raíces en la obra de Mommsen, aunque posteriormente ha sido desarrollada por KASER, M., *Das altrömische Ius*, cit., p. 74 nt. 48 y GAUDEMET, J., «Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain», en *Thèse Université Strasbourg* (Estrasburgo, 1934), p. 12.

²²⁵ Entre los numerosos autores que defienden esta hipótesis se cuentan TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, cit., pp. 484 ss., que remonta el origen de esta interpretación a la obra de autores como DE ZULUETA, F., «The new fragments of Gaius», en *JRS*, 25 (1935), p. 20; BESELER, G., «*Fruges et Paleae*», en *Scritti Beatificazione Ferrini*, vol. III (Milán, 1948), p. 280; LÉVY-BRUHL, E., *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, cit., p. 279 o FREZZA, P., «L'istituzione della collegialità in diritto romano», en *Studi Solazzi* (Nápoles, 1948), p. 530 nt. 41.; BRETON, M., «*Consortium e communio*», en *Labeo*, 6 (1960), p. 174 nt. 22.; GUTIERREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societas*, vol. I, cit., pp. 129 ss.; MONACO, L., *Hereditas e mulieres*, cit. pp. 31 ss.

²²⁶ Gayo, 7 ad Ed. prov., D. 10.2.1 pr.: *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*

Ahora bien, independientemente de la disposición legislativa a la que estuviera haciendo referencia Gayo, resulta más importante analizar si esa regulación se limitaba a reflejar la existencia del antiguo *consortium* o imponía la constitución del mismo²²⁷. Desde nuestro punto de vista, la noción de legitimidad no debe interpretarse en el sentido de que la ley creaba de forma impositiva o mantenía coactivamente la existencia de este consorcio, sino simplemente como que la institución se contemplaba en la ley. En apoyo de esta postura parece que puede alegarse que Gayo precisaba que se trataba no sólo de una sociedad legítima, sino también natural.

La calificación gayana como *societas legitima et naturalis* debe interpretarse en el sentido de que se trataba de una comunidad fraternal de herederos que respondía a las exigencias impuestas por la naturaleza, reconociendo de esta manera una cierta analogía con la *naturalis ratio* en que se inspiraban muchas figuras jurídicas²²⁸. Se trataría de una antigua noción filosófica que defendía la existencia de una forma de vida fundamentada en la naturaleza que compartían todos los hombres. La traslación de estas ideas al ámbito jurídico se manifiesta en la obra de Gayo cuando, al delimitar las diferencias que existían entre el *ius civile* y el *ius gentium*, el jurista afirma que “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*”²²⁹.

En realidad, la referencia a la naturalidad vendría a complementar la referencia a su naturaleza legítima. Con esta doble calificación, Gayo quería expresar que no se trataba de una figura jurídica impuesta a través de las normas legislativas con el fin de ordenar la sucesión hereditaria, sino que su aparición debía remontarse a tiempos muy remotos. Se trataría, pues, de una institución que habría surgido en un estadio histórico antiquísimo como consecuencia de los impulsos de la propia naturaleza humana y con el tiempo se habría consolidado como una institución tradicional romana²³⁰.

²²⁷ Entre los autores que entienden que la calificación de “*societas legitima*” puede traducirse como sociedad impuesta por ley a los consortes, se encuentran ALBERTARIO, E., «I nuovi frammenti di Gaio», en *Per il XIV Centenario delle Pandette* (1934), p. 511 y FREZZA, P., «Il *consortium ercto non cito* e i nuovi frammenti di Gaio», en *Rivista di istruzione e filologia classica*, 62 (1934), pp. 27 ss.

²²⁸ ARANGIO-RUIZ, V., *La società in diritto romano*, cit., p. 7.

²²⁹ Gayo, *I inst.*, D. 1.1.9.

²³⁰ En este sentido, TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, cit., p. 486 señala que “La calificación “*naturalis*” referida al antiguo *consortium* la entendemos simplemente en el sentido que vendría dada por la tradición; estaría en la *natura rerum*, no en el sentido de ser una institución del *ius naturale* frente a la *societas quae nudo consensu contrahitur*, que sería *iuris gentium*; esta distinción es más tardía y sería un error retrotraer conceptos de la dogmática posterior al siglo V a.C., que probablemente sería la época de apogeo del *consortium*”.

La definición de Gayo cobra entonces todo su sentido: la antigua sociedad del *consortium ercto non cito* se consideraba natural porque los antiguos romanos habrían considerado que era la modalidad más adecuada para asegurar la continuidad familiar después del fallecimiento del *pater familias*. En este sentido, no cabe duda de que su aparición respondía a los presupuestos sociales, económicos, religiosos y políticos de la época arcaica²³¹. Pero al mismo tiempo se trataba de una *societas legitima* porque con el paso del tiempo, lo que inicialmente se habría adoptado como una costumbre terminaría por recogerse en la ley de las XII Tablas. Ahora bien, la norma decenviral se habría limitado a reconocer una práctica arraigada en la sociedad romana²³², sin detenerse en otros aspectos como su constitución y funcionamiento.

²³¹ Vid. *supra* capítulo V apartado 3.4.

²³² Se trata de un fenómeno que también aparece en otras sociedades del mundo antiguo, como pone de manifiesto el estudio de derecho comparado realizado por WESTRUP, *Joint family and family property*, cit., p. 167, el que muestra con claridad los rasgos en común entre el *consortium ercto non cito* romano y las formaciones familiares indivisas de los pueblos arios.

3.5.2. SOCIETAS INSEPARABILIS

A partir de las conclusiones obtenidas en el apartado anterior cabe preguntarse acerca de la forma de constitución del *consortium ercto non cito* y la posibilidad de que el patrimonio familiar pudiera dividirse entre los consortes. Teniendo en cuenta que su calificación como “*societas legitima et naturalis*” hacía referencia a su incardinación en la antigua mentalidad romana, plasmada tanto en el plano consuetudinario como en la legislación decenviral, la cuestión radica en conocer si esta ordenación hereditaria se establecía de manera inexorable durante la época arcaica.

En este sentido, a pesar de que la mayor parte de la doctrina considera que esta comunidad debía constituirse de manera automática a la muerte del *pater familias*²³³, algunos autores mantienen que los miembros del antiguo consorcio fraternal estaban obligados a realizar alguna actuación jurídica para que efectivamente se constituyera esta comunidad patrimonial²³⁴. Desde esta última perspectiva se ha planteado que los futuros consortes debían llevar a cabo alguna clase de actuación jurídica solemne con el fin de exteriorizar su voluntad de conformar el *consortium*²³⁵.

²³³ Entre los numerosos autores que se han posicionado en favor de una cierta constitución automática del *consortium erto non cito* han destacado las contribuciones de WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman Law*, cit., pp. 61 ss.; MASCHI, C. A., *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milán, 1935); LÉVY BRUHL, H. *Observations sur le regime succesoral des XII Tables*, cit., p. 155; DAUBE, D., «“Consortium” in Roman and Hebrew Law», en *The Juridical Review*, 52 (1950), pp. 71 ss.; TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, cit., pp. 479 ss.; GIOFREDDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955), pp. 230 ss.; ARANGIO RUIZ, V., *La società in diritto romano*, cit., pp. 8 ss.; ALBANESE, B., *La successione*, cit., p. 58; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 32 ss.; TONDO S., *Il consorzio domestico*, cit., pp. 146 ss.; TALAMANCA, M., *Società (dir. rom.)*, cit., p. 816; GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del “consortium” a la “societas”*, vol. I, cit., pp. 79 ss.; EVANGELISTI, M., *Consortium, erctum citum*, cit., pp. 11 ss.

²³⁴ Dentro del sector doctrinal que tradicionalmente ha defendido esta postura, se puede distinguir entre aquellos que consideran que la sociedad presentaba un origen contractual, como SOLAZZI, S., «*Societas e communio*», en *Atti della Reale Accademia di Napoli*, 62 (1935), pp. 76 ss., y aquellos que defienden su naturaleza puramente consensual, como KUNKEL, W., «Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische “Consortium”», en *Annales de la faculté de Droit d'Istanbul*, 4 (1954), pp. 56 ss.; BISCARDI, A., «Sul regime della proprietà in diritto attico», en *Studi Paoli* (Florenia, 1955), p. 11.

²³⁵ En este sentido, destaca la teoría propuesta por COLLINET, P., «Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (PSI 1182)», en *RH*, 4 (1934), pp. 102 ss., quien sobre la base del testimonio aportado por Varrón, *De ling. lat.* 6.64, ha sostenido que todos los herederos del *pater familias* debían aprehender simbólicamente algunos bienes del patrimonio hereditario para demostrar su intención de constituir una comunidad patrimonial entre todos ellos. Por otra parte, BETTI, E., *Istituzioni*, cit., p. 89 nt. 25, ha señalado que es posible que la constitución del antiguo *consortium ercto non cito* fuera el resultado de la realización de recíprocas *in iure cessio* entre los futuros consortes.

A pesar de las dificultades que se derivan de la carencia de fuentes que hagan referencia a la forma de constitución del *consortium ercto non cito* en la época arcaica, existen motivos para creer que surgía automáticamente. En este sentido, no solo no hay constancia de que los herederos realizasen ninguna clase de actos jurídicos a la muerte del *pater familias*, sino que además la exposición recogida en las instituciones de Gayo sobre esta institución parece confirmar esa interpretación.

En primer lugar, el jurista se refiere de manera indirecta a la constitución del antiguo consorcio fraternal cuando afirma que tras producirse el fallecimiento del *pater familias* “*inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito*”²³⁶. La utilización de la forma verbal “*erat*” en este contexto no solo manifestaba la antigüedad del consorcio, sino que también daba a entender una cierta pasividad a la hora de su constitución²³⁷. Si realmente se hubiera requerido una actuación jurídica por parte de los *sui heredes* con el fin de constituir el *consortium*, cabe pensar que Gayo habría aludido a este aspecto en su exposición, pero además, en ningún caso habría utilizado esta forma verbal.

Ahora bien, junto a este primer indicio de carácter lingüístico, la exposición de Gayo ofrece otro argumento de peso para defender la posible constitución automática del *consortium ercto non cito* cuando manifiesta que también existía la posibilidad de constituir este tipo de sociedades a través una cierta acción de la ley.

Gai. 3.154b: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione.*

Mediante esta afirmación, el jurista ponía de manifiesto que si bien durante la época antigua se reconocían dos clases de *aliud genus societatis*, en contraposición a la *societas iuris gentium quae nudo consensu contrahitur*, a su vez trazaba una distinción adicional entre las que denominaba *societas fratrum suorum* y *societas ceterorum qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*.

²³⁶ Vid. *supra* Gai. 3.154a.

²³⁷ A este respecto, ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., p. 138, afirma que “In un passo come questo, nella cui limpida precisione non c’è motivo di non dare ad ogni parola il giusto suo significato, senza dover ricorrere a sempre arbitrarie integrazioni o interpretazioni, emerge decisamente l’*erat*, che contraddistingue appunto la nascita della comunità ereditaria. Neanche un accenno a modi di costituzione, ad espressioni di volontà, a forme qualsivoglia. La coeredità si costituiva automaticamente (*e r a t*) alla morte del *pater* (*mortuo patre familias*)”.

En primer lugar, mientras que la primera se encontraba formada por los distintos *sui heredes* del *pater familias* difunto, la segunda sociedad podía estar compuesta por personas que no guardasen ningún tipo de relación parental. Pero lo más importante a nuestros efectos radica en que mientras que para constituir esta última sociedad se recalca que se debía ejercitar una cierta *legis actio*, para el supuesto de la sociedad fraternal no se indica ninguna clase de requisito.

En consecuencia, parece que la exposición recogida en las instituciones de Gayo daba por sentado que el *consortium ercto non cito* entre herederos debía constituirse automáticamente en el momento en que se producía el fallecimiento del *pater familias*, sin necesidad de realizar ningún acto formal por parte de los consortes. A este respecto cabe pensar que la calificación como *societas legitima et naturalis* aludía precisamente a esa constitución *ipso iure*, en cuanto que originariamente los antiguos romanos no habrían contemplado otra regulación del fenómeno hereditario que no consistiera en mantener la indivisión del patrimonio familiar. Aunque se trataba de una ordenación elaborada a partir de las necesidades impuestas por las circunstancias en época arcaica, con el paso del tiempo se habría consolidado en el imaginario colectivo de los romanos hasta quedar finalmente plasmada en la ley de las XII Tablas.

De todo ello se concluye que el *consortium ercto non cito* se constituía de forma automática a la muerte del *pater familias*, sin necesidad de que los *fratres* realizasen algún acto jurídico o manifestasen su voluntad. Sin embargo, cabe preguntarse si estos tenían capacidad para rechazar la constitución del *consortium* o incluso para disolverlo una vez que este se hubiera constituido²³⁸. Sobre esta última posibilidad de división del consorcio fraternal, gracias nuevamente a un testimonio recabado de los comentarios al edicto provincial por parte de Gayo tenemos noticia de que la ley de las XII Tablas ya contemplaba la existencia de la *actio familiae erciscundae* como mecanismo jurídico para llevar a cabo la repartición de la herencia entre los consortes.

Gayo, 7 ad Ed. prov., D. 10.2.1 pr.: *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*

²³⁸ TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, cit., pp. 489 ss.

Ahora bien, esta afirmación de Gayo merece una aclaración: cuando el jurista utiliza la expresión “*haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum*” no afirma que esta acción formularia estuviera recogida expresamente en las XII Tablas, sino que su origen se remontaba en última instancia a la ley decenviral. De esta forma, se entiende que en otro fragmento de sus instituciones, el propio Gayo afirmase que las XII Tablas establecían que en aquellos supuestos en que se procediera a la división de la herencia se acudiera a la *legis actio per arbitri postulationem*²³⁹.

Gai. 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum (...) item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

A diferencia de lo que mantiene parte de la doctrina más autorizada²⁴⁰, no existe contradicción entre ambas apreciaciones. Por un lado se reconoce que la *actio familiae erciscundae* procedía de las XII Tablas, pero por otra parte se afirma que esta ley solo habría contemplado la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* en estos supuestos. Ahora bien, ambos testimonios gayanos ofrecen una conclusión indiscutible: en época decenviral estaba admitida la posibilidad de dividir el *consortium*.

Sin embargo, resulta mucho más complicado determinar si se trataba de una práctica generalizada desde los primeros compases de la historia jurídica romana o la posibilidad de dividir el patrimonio hereditario únicamente se habría contemplado a partir de la publicación de la ley de las XII Tablas. En este sentido, buena parte de la discusión doctrinal se ha centrado en la interpretación del testimonio de Gayo cuando afirma que “*namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui*”

²³⁹ En torno a esta cuestión, ANSELMO ARICO, G., “*Societas inseparabilis*”, cit., p. 157 nt. 20, afirma que se trataba de una “vicenda che effettivamente trae origine dalle XII tavole, non soltanto nel senso che l'azione formulare di divisione dell'eredità fu storicamente preceduta dalla *legis actio* messa dai decenviri a disposizione dei coeredi “*volentes a communione discedere*”, ma anche nel senso che la formula di quell'azione è il risultato di un adattamento evolutivo dell'antica *iudicis postulatio*, chiaramente riprodotta nei verba della *demonstratio*”, remitiendo en relación con la interpretación de los textos gayanos a la obra de TALAMANCA, M., «Il riordinamento augusteo del processo privato», en AA.VV., *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (Copanella, 1996), pp. 131 ss.

²⁴⁰ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 63.

Mientras que para algunos autores esta referencia debe entenderse circunscrita a aquellos consortes que pretendían poner fin a la situación de indivisión consorcial sin que de ello pueda deducirse la fecha de aparición de esta facultad divisoria²⁴¹, otra parte de la doctrina considera que estas palabras manifiestan de forma incuestionable que la ley de las XII Tablas habría provisto por primera vez a los miembros del consorcio de un instrumento jurídico del que anteriormente carecían²⁴².

En relación con esta pretendida indisolubilidad se suele utilizar como apoyo un famoso fragmento de Aulo Gelio en el que se califica al *consortium ercto non cito* como una *societas inseparabilis*.

Gell., *Noct. Att.* 9.1.12: *Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simulatque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito"*.

Ahora bien, no puede obviarse que el texto se enmarca en un discurso sobre la organización del sistema educativo pitagórico²⁴³. En este sentido, Aulo Gelio utiliza el *consortium ercto non cito* como elemento de referencia para destacar el sentimiento de unidad que caracterizaba a todos los miembros de la escuela pitagórica, en cuanto que renunciaban a sus propias ambiciones personales con el fin de compartir sus esfuerzos en la búsqueda de objetivos comunes más elevados.

²⁴¹ En este sentido, aunque con diversas matizaciones en sus respectivas aportaciones, se manifiestan autores como MASCHI, C. A., *Disertiones*, cit., pp. 16 ss.; ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 48 ss.; CORNIL, G., *Du Mancipium au Dominium*, cit., pp. 411 ss.; BROGGINI, G., *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des romischen Privatrichter* (Colonia-Graz, 1957), pp. 157 ss.; EVANGELISTI, M., *Consortium, erctum citum*, cit., pp. 276 ss.

²⁴² Con respecto a la afirmación de Gayo, ANSELMO ARICO, G., "*Societas inseparabilis*", cit., p. 156 nt. 17, señala que "si avvertiva - dice Gaio - la necessità di creare una qualche azione che permettesse ai coeredi a ciò intenzionati di uscire dallo stato di comunione: non potrebbe più chiaramente lasciarsi intendere che prima dell'introduzione dell'*actio* in questione non esisteva alcun mezzo rispondente alla necessità anzidetta, e che la "*communio*" dunque era, allora, indissolubile".

²⁴³ Sobre el sistema educativo pitagórico, LIND, L. R., «The elective system in Roman education», en *CW*, 27 (1934), pp. 175 ss.; KAHN, C. H., *Pythagoras and the Pythagoreans* (Indianapolis, 2001), pp. 15 ss., han destacado que Pitágoras fue el primer filósofo en aglutinar en torno a su figura a un círculo cerrado de discípulos que participaban de su vida y su doctrina. La pertenencia a esta comunidad conllevaba asumir una forma de vida austera y orientada hacia el espiritualismo. Para lograr sus objetivos en relación con la purificación de la vida presente, el sistema pitagórico imponía rigurosas normas a todos sus integrantes entre la que destacaba la obligación de renunciar a todo su patrimonio y dinero a la que se refiere Aulo Gelio en el texto anteriormente referido.

La analogía trazada entre ambas comunidades con respecto a su inseparabilidad debe entenderse en ese sentido: no se trata de una vinculación inescindible, sino que la propia pertenencia al grupo implica la aceptación de una serie de requisitos entre los que destaca la indivisión de los patrimonios de sus integrantes. La calificación de *societas inseparabilis* no debe interpretarse como una imposibilidad de dividir el patrimonio²⁴⁴, sino como una analogía con el fin de destacar que la pertenencia a estas comunidades patrimoniales implicaba mantener un patrimonio indiviso²⁴⁵.

Esta interpretación concuerda con el hecho de que la expresión “*ercto non cito*” se tradujese como división no provocada. La inseparabilidad del consorcio fraternal no habría sido nunca incompatible con la posibilidad de dividir el patrimonio común, sino que precisamente se definía como inseparable porque en el caso de que se impulsase la división del patrimonio desaparecería el propio *consortium*. La inseparabilidad aparece entonces como requisito indispensable para su conservación, al mismo tiempo que pone de manifiesto que podía procederse a su disolución.

En contraposición a esta interpretación podría alegarse que la más que probable inexistencia de la noción de cuota durante la época arcaica habría impedido llevar a cabo un fraccionamiento del patrimonio familiar²⁴⁶. Sin embargo, incluso admitiendo que no hubiera existido una noción jurídica de cuota²⁴⁷, no representaría un obstáculo insalvable, pues la repartición podía haberse realizado tanto en virtud de un reparto amistoso entre los consortes²⁴⁸, como a través de la división por representación que posteriormente se utilizará en la sucesión de los *sui heredes*.

²⁴⁴ En este sentido se han pronunciado algunos autores como FADDA, C., «*Consortium, collegia, magistratum, communio*», en *Studi Brugi* (1910), pp. 146 ss.; MONACO, L., *Hereditas e mulieres*, cit., pp. 37 ss.; ANSELMO ARICO, G., “*Societas inseparabilis*”, cit., p. 158.

²⁴⁵ A este respecto, EVANGELISTI, M., *Consortium erctum cito*, cit., pp. 272 ss., señala que “anche ammettendo che *inseparabilis* sia qui usato da Gellio in senso proprio e non prevalentemente in senso etico-descrittivo, come pure non si può escludere, ciò potrebbe giustificarsi proprio per questa sorta di ‘ordinazione’ - che come tale si poneva irreversibile: avviene anche oggi per talune appartenenze - a cui i discepoli, volontariamente e conoscendone tutte le conseguenze, si consegnavano”.

²⁴⁶ ARICO ANSELMO, G., *Societas inseparabilis*, cit., p. 158 destaca que “è proprio l’estraneità dell’idea di quota al primitivo *consortium* che, non solo spiega quell’integralità del potere dispositivo di ogni consorte, ma postula anche, in immancabile connessione, una radicale impossibilità di divisio”.

²⁴⁷ Entre los múltiples significados que adoptaba el término “*sors*”, MASCHI, C. A., *Disertiones*, cit., p. 39 nt. 1, destaca que en algunas fuentes antiguas parece utilizarse como sinónimo de “*pars*”, de forma que el “*consors*” sería la persona que ostenta una parte de una totalidad.

²⁴⁸ Se manifiestan en favor de un posible reparto amistoso, CORNIL, G., *Du Mancipium au Dominium*, cit., pp. 411 ss.; ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., p. 183.

De esta forma se puede concluir que a partir de la calificación que Gayo hace del *consortium* como “*societas legitima et naturalis*” se puede deducir que se constituía de forma automática a la muerte del *pater familias*. Ahora bien, esa automaticidad no debe entenderse como una imposición coactiva, sino que se trataría de una consecuencia natural establecida como resultado de la tradición.

Sin embargo, aunque las necesidades económicas, religiosas, políticas y sociales del mundo antiguo habrían motivado la conservación de estos consorcios patrimoniales, no parece razonable que sus miembros estuvieran obligados a convivir indefinidamente en un problemático régimen de condominio. Por ese motivo, consideramos que cuando algunas fuentes aluden a la inseparabilidad del *consortium* debe interpretarse conforme al propio significado de “*ercto non cito*”, es decir, como una *societas* que se mantiene vigente porque su división no ha sido provocada por los consortes.

Esta interpretación implica que desde el primer momento se habría contemplado la posibilidad de dividir el *consortium*²⁴⁹. Si bien es posible que durante la época arcaica se tratase de una práctica relativamente poco frecuente y que posiblemente requiriera del acuerdo unánime de todos los consortes²⁵⁰, a partir de la publicación de las XII Tablas se contempla una verdadera acción de división del patrimonio familiar. De esta forma, se habría articulado un mecanismo jurídico que evitaba las complicaciones asociadas con el régimen de divisibilidad informal que existía antiguamente.

²⁴⁹ En este mismo sentido parece que podría interpretarse una afirmación atribuida al gramático Fest., *De verb sign.* 63 L.: “*disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*”.

²⁵⁰ Esta hipótesis parece que puede encontrar cierto apoyo textual en la declamación de Quintil., *Min. decl.* 321, de cuyo contenido literal se puede interpretar que era relativamente habitual que los consortes procedieran antiguamente a dividir el patrimonio familiar.

3.5.3. EL GERMEN DE LA INSTITUCIÓN TUTELAR

Una vez expuestas las principales características del *consortium erecto non cito*, debemos ocuparnos de otro fragmento de las instituciones de Gayo, recuperado de los papiros egipcios de Antinoe, en el que hace referencia a la forma de funcionamiento de esta antigua comunidad fraternal. A este respecto, el jurista recuerda que cualquiera de los consortes tenía la facultad tanto de manumitir al esclavo común, como de vender cualquier bien común a través de la *mancipatio*.

Gai. 3.154b: *In hac autem societate fratrum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.*

Con estas dos ejemplificaciones se pone de manifiesto que todos los miembros ostentaban la misma posición jurídica en el consorcio. Dado que todos eran *sui heredes* del causante, todos ellos debían ser considerados condóminos de un patrimonio familiar que, en cierto modo, ya les pertenecía en vida del *pater familias*²⁵¹. Como consecuencia de ese condominio, cada uno de los consortes estaba autónomamente legitimado para disponer de los bienes comunes²⁵², generando con sus decisiones individuales efectos jurídicos que afectaban a todos los miembros del consorcio.

No obstante, esta concurrencia dominical se encontraba limitada por el llamado *ius prohibendi*: cualquiera de los consortes estaba facultado para neutralizar la actuación jurídica de otro consorte mediante una *prohibitio*²⁵³. De esta forma se atemperaba esa amplísima capacidad dispositiva, pues cualquier actuación que se considerase contraria a los intereses del grupo familiar podía ser vetada por cualquiera de los consortes.

²⁵¹ Vid. *supra* capítulo V apartado 3.3.

²⁵² En contra de esta posición se manifiesta SOLAZZI, S., *Societas e communio*, cit., pp. 87 ss., quien ha interpretado que la expresión gayana “*vel unus ex sociis*” debía hacer referencia a una única persona. En consecuencia, el autor considera posible que entre los consortes se designase a un administrador que se encargaría de actuar en representación del resto de los condóminos ante el mundo exterior. Sin embargo, GUTIERREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societas*, vol. I, cit., p. 97, ha señalado que esta visión ha sido rechazada por la mayor parte de la doctrina, que se inclina por considerar que cualquiera de los consortes podía disponer libremente de los bienes que componían el patrimonio común.

²⁵³ Papiniano, 7 *quaest.*, D. 10.3.28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iuri facere quicquam, invito altero, posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse.*

Se trataba de una forma de organización acorde a las estrecheces y la mentalidad de la época arcaica²⁵⁴. El *consortium ercto non cito* constituía una reminiscencia del antiguo colectivismo romano, donde los intereses de la comunidad prevalecían sobre los intereses particulares de cada individuo. El reconocimiento de los mismos derechos y facultades a todos los miembros del consorcio no se establecían en beneficio propio, sino con la finalidad de que todos contribuyeran, en la medida de sus posibilidades, al mantenimiento o incremento del patrimonio doméstico.

De esta forma, las actuaciones de cada uno de los consortes debían realizarse en provecho de todos los integrantes del consorcio. Nos encontramos nuevamente ante una manifestación de la antigua noción de la *fraternitas*, que aunque originariamente habría surgido como una manifestación propia de la solidaridad fraternal que debía regir en las relaciones entre parientes²⁵⁵, con el tiempo también se habría extendido a otras figuras jurídicas como la *societas omnium bonorum*²⁵⁶.

A pesar de los notables inconvenientes que comportaba un régimen de estas características, parece que la administración solidaria de bienes colectivos estaba muy interiorizada en la mentalidad romana de época arcaica. En este sentido, cabe recordar que los consortes ya realizaban una gestión efectiva sobre el patrimonio familiar en vida del *pater familias*, hasta el punto de que eran considerados “*quodam modo domini*”²⁵⁷. Aunque no se trataba de un reconocimiento jurídico, no cabe duda de que los hijos de familia estaban acostumbrados a gestionar cotidianamente los bienes que componían el patrimonio doméstico como si fueran condóminos.

²⁵⁴ LÉVY BRUHL, H., *Observations*, cit., p. 282, destaca que este régimen de condominio vendría en cierta medida impuesto por las restricciones territoriales que originariamente tenían los romanos.

²⁵⁵ Sobre la importancia de la *fraternitas* como elemento de cohesión, libertad e igualdad en el seno del antiguo *consortium ercto non cito*, vid. ONIDA, P. P., «*Fraternitas e societas: i termini di un connubio*», en *Diritto @ historia*, 6 (2007), pp. 1 ss.

²⁵⁶ A este respecto, GROSSO, G., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, cit., pp. 406 ss., afirma que “lo sviluppo storico, che portava al concetto contenutistico ed economicistico del *dominium*, giunse da un lato a far configurare sui beni la comproprietà per quote e dall’altro lato a individuare un atto per cui si dovevano mettere in comune tutti i beni e gli acquisti (*societas omnium bonorum*), di cui venne a risaltare il carattere contrattuale. E questa società universale, *societas omnium bonorum*, si presentava storicamente con una continuità rispetto all’antico *consortium*; i giuristi mettevano in evidenza un *ius quodammodo fraternitatis* che esisteva nei rapporti fra i soci, e questo elemento non poteva che significare l’accentuazione di tale continuità; d’altra parte la posizione sistematica di primo piano che, al di là della sua portata pratica, la giurisprudenza del principato dava ancora alla *societas omnium bonorum*, richiamava a tale posizione storica».

²⁵⁷ Vid. *supra* capítulo V apartado 3.3.

Formaban parte del *consortium* todos los *sui heredes* del difunto *pater familias*, de manera que entre sus integrantes se contaban tanto su viuda²⁵⁸ como todos sus hijos legítimos, independientemente de su género o edad. Esta última puntualización resulta determinante, pues los impúberes y las mujeres eran considerados personas incapaces de gestionar sus propios asuntos jurídicos y negociales²⁵⁹. Como consecuencia de estas limitaciones cabe pensar que aunque también ostentasen la condición de *sui heredes*, debían quedar excluidos de la administración del patrimonio familiar.

Aunque no se conservan fuentes que corroboren esta suposición, todo induce a pensar que en estos casos los consortes varones que hubieran alcanzado la pubertad se hacían cargo de la gestión patrimonial en interés del resto de miembros del consorcio²⁶⁰. Cabe suponer que realizarían una adecuada gestión del patrimonio familiar no solo en virtud de la *fraternitas* familiar, sino también porque al formar parte de la comunidad consorcial también protegían sus propios intereses patrimoniales.

A partir de esta práctica parece que posteriormente se habría articulado todo el régimen jurídico de la tutela legítima²⁶¹. Las primeras disposiciones que se conservan sobre esta figura jurídica establecen que el cargo de tutor debía recaer sobre el pariente agnado más próximo al pupilo²⁶², que se encargaba de gestionar el patrimonio pupilar como si fuera el verdadero propietario de los bienes²⁶³. El paralelismo con la función desempeñada por los consortes púberes es más que evidente.

Ahora bien, la aparición de la tutela como institución jurídica independiente tuvo lugar como consecuencia del paulatino declive del *consortium ercto non cito*. A medida que la sociedad romana evolucionaba hacia estadios más individualistas, se desprende de tradiciones y formas de vida que se consideraban desfasadas. Frente a la prevalencia histórica de los grupos familiares de carácter comunitario tiende a imponerse una nueva noción del individuo como dueño de su propio destino.

²⁵⁸ Gai. 3.3: *Vxor quoque, quae in manu eius, qui moritur, est, ei sua heres est, quia filiae loco est.*

²⁵⁹ *Vid. supra* capítulo IV apartado 3.1.

²⁶⁰ En este sentido, CASADO CANDELAS, M. J., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., p. 18 señala que “si no todos los hermanos eran capaces, el mayor administraría en nombre de todos y cuidaría de las personas tal y como hasta entonces lo había hecho el *pater*”.

²⁶¹ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 64.

²⁶² Gai. 1.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

²⁶³ *Vid. supra* capítulo IV apartado 4.4.

La expansión territorial de Roma, el florecimiento del comercio y la aparición de nueva mano de obra de origen esclavista ofrecieron un nuevo mundo de posibilidades a los ciudadanos romanos. Como consecuencia de ello, paulatinamente se despojaron de aquellas arcaicas estructuras políticas y sociales, que si bien antiguamente resultaron indispensables para asegurar la supervivencia de los grupos familiares, en estas nuevas circunstancias representan un lastre.

En el contexto de esta transformación el tradicional *consortium ercto non cito* pierde todo su sentido. Pese a que las fuentes romanas atestiguan su vigencia hasta los últimos compases del periodo republicano²⁶⁴, en la práctica debió ir cayendo en desuso posiblemente antes de la publicación de las XII Tablas. Durante los siglos posteriores se habría conservado como un antiguo vestigio de la época arcaica que se articulaba de conformidad con las viejas nociones de continuidad familiar, solidaridad entre parientes, conservación de los *sacra familiaria* o respeto por el *ius sepulchri*.

²⁶⁴ Plin. Minor, *Ep.* 8.18.4: *Nam Curtilius Mancius perosus generum suum Domitium Lucanum - frater is Tulli - sub ea condicione filiam eius neptem suam instituerat heredem, si esset manu patris emissa. Emiserat pater, adoptaverat patruus, atque ita circumscripto testamento consors frater in fratris potestatem emancipatam filiam adoptionis fraude revocaverat et quidem cum opibus amplissimis.*

4. LA SUCESIÓN HEREDITARIA EN AUSENCIA DE *SUI HEREDES*

4.1. LA CREACIÓN DE UN *SUUS HERES* A TRAVÉS DE LA *ADROGATIO*

En el apartado anterior hemos destacado la posición de especial prevalencia que ocupaban los *sui heredes* en el antiguo sistema hereditario romano. De acuerdo con la mentalidad de la época arcaica, estos herederos naturales estaban llamados a perpetuar la estirpe familiar en el tiempo y, por ese motivo, se les consideraba los destinatarios preferentes de la *hereditas*. De esta forma, su existencia no solo proporcionaba una fuente de riqueza al grupo en vida del *pater familias*, sino que además representaba la continuidad de la comunidad en la siguiente generación.

Así se explica que los ciudadanos romanos mostrasen una enorme preocupación por conseguir descendientes que se hicieran cargo tanto del patrimonio familiar como del culto y tradiciones domésticas después de su fallecimiento. La ausencia de herederos implicaba la disolución del patrimonio familiar y, sobre todo, la interrupción de los ritos religiosos en recuerdo de los antepasados fallecidos y el abandono de tradiciones que aseguraban el favor de los dioses domésticos para la *familia*. Ante esta perspectiva, se desarrollaron diversos mecanismos que evitaran este fatal desenlace.

El principal mecanismo jurídico para procurarse un descendiente que ocupase la posición de *suus heres* fueron las adopciones²⁶⁵. La realización de estos actos jurídicos implicaba el ingreso de un ciudadano romano en una nueva familia, de manera que se disolvían los anteriores vínculos con su familia agnaticia para situarse bajo la potestad del nuevo *pater familias* adoptante. Ahora bien, a pesar de que las fuentes de época clásica afirmaban que la adopción podía presentarse bajo dos formas distintas²⁶⁶, originariamente solo se contemplaba la *adrogatio*²⁶⁷.

²⁶⁵ A este respecto, RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem. 1. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale* (Milán, 1990), p. 53, destaca que se trataba de un mecanismo principalmente encaminado a proteger intereses de la clase patricios, pues a través de las adopciones podían conservar su *dignitas*, su posición económica y sus privilegios políticos.

²⁶⁶ Modestino, 2 reg., D. 1.7.1.1: *Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*

²⁶⁷ Frente a las restricciones que implicaba la *adrogatio*, encaminada a proporcionar un *suus heres* que garantizase la continuidad del grupo familiar, la *adoptio* surge como resultado de la interpretación jurisprudencial de época postdecenviral con el objetivo no solo de facilitar la generación de un heredero artificial, sino también para posibilitar el intercambio de *filii familias* como mano de obra, incorporar a descendientes ilegítimos o promover ascensos en la escala social y económica.

La *adrogatio* consistía en la designación de un varón²⁶⁸ *sui iuris* que asumía la posición de *suus heres* del *pater familias* adoptante para evitar que esa familia romana pudiera llegar a extinguirse por carecer de descendientes naturales. Si bien se trataba de un acto de naturaleza privada, presentaba una enorme trascendencia pública, puesto que el *adrogatus* debía renunciar a su propio *nomen*, a su *gens*, a su *domus*, a su curia, a su culto familiar (*detestio sacrorum*)²⁶⁹ y, además, aceptar que todos los bienes y personas sometidas a su persona pasasen a estar bajo el dominio del adoptante. En otras palabras: suponía la disolución de su propia familia.

Dada la trascendencia del acto jurídico, se exigía que la *adrogatio* se realizase ante los comicios curiados²⁷⁰. El Pontífice Máximo, encargado de presidir la ceremonia, se encargaba de interrogar a las dos partes involucradas con el fin de que prestasen su consentimiento expreso y manifestasen su voluntad de formalizar la adopción²⁷¹. Una vez obtenida su aceptación, se dirigía a los comicios presentándoles una *rogatio*²⁷² en la que solicitaba la aprobación de las treinta curias²⁷³. La *adrogatio* únicamente adquiriría validez jurídica si obtenía el voto favorable de los comicios.

²⁶⁸ Como afirma D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 304, nt. 1, se trata de un requisito impuesto como consecuencia de que la función originaria de la *adrogatio* consistiera en procurar un heredero al *pater familias* sin descendencia. Con el paso del tiempo, sin embargo, se terminó aceptando la arrogación de libertos, impúberes y mujeres. Vid. Gai. 1.101; Tit. Ulp. 8.6; Gell., *Noct. Att.* 5.19.9.

²⁶⁹ Cfr. Gell., *Noct. Att.* 15.27.3; Cic., *de dom.* 13.35. A pesar de que la mayor parte de la doctrina considera que estos pasajes demuestran que la *detestatio sacrorum* era uno de los principales elementos que caracterizaban a la *adrogatio*, algunos autores como DAVERIO, F., «*Sacrorum detestatio*», en *SDHI*, 45 (1979), p. 534 o ARCES, P., «Note in tema di *sacrorum detestatio*», en *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 5 (2006), pp. 1 ss., han criticado que se trata de dos instituciones que guardan poca relación en común.

²⁷⁰ Distintas fuentes de época clásica describen la solemnidad del procedimiento, vid. Gell., *Noct. Att.* 5.19; Gai. 1.99; Gayo, *1 inst.* D.7.2.2 pr. (= Inst. 1.11.1; 9; 11); Tit. Ulp. 8.3; Cic., *De domo*, 13.34 ss. A este respecto, CASTELLO, C., «Il problema evolutivo della *adrogatio*», en *SHDI*, 33 (1967), p. 133, señala que aunque posteriormente se simplificase el procedimiento, la *adrogatio* continuó conservando los mismos efectos jurídicos que poseía hasta la época de Diocleciano.

²⁷¹ A diferencia de lo que sucedía en las *adoptiones*, la *adrogatio* conllevaba la conversión de un ciudadano *sui iuris* en un *filius familias*, es decir, quedaba sometido a la potestad de su nuevo *pater familias* bajo la condición de *alieni iuris*. Por ese motivo, se exigía que entendiese y aceptase las consecuencias jurídicas que suponía la celebración de la *adrogatio* ante los comicios curiados.

²⁷² Conocemos la fórmula que debía recitarse para concluir la *adrogatio* gracias al testimonio recogido por Gell., *Noct. Att.* 5.19.9: *Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.*

²⁷³ En época clásica se tendió a simplificar el procedimiento de la *adrogatio*. En lugar de celebrarse ante los comicios curiados, el acto jurídico debía ser verificado, previa propuesta del Pontífice Máximo, ante treinta lictores que representaban a las treinta curias originarias.

Durante el procedimiento cabe suponer que los comicios curiados verificaban que la *adrogatio* cumplía con su cometido esencial, esto es, proporcionar un *suus heres* que asegurase la continuidad de la familia. Para evitar cualquier utilización fraudulenta de esta institución²⁷⁴, no solo se requería que el adrogante careciese de descendientes, sino que tampoco debía estar en condiciones de procurárselos²⁷⁵. Esto implicaba que no estuviera permitido incrementar el número de *sui heredes* mediante la arrogación, pues de ese modo se desvirtuaba la naturalidad del antiguo sistema hereditario²⁷⁶.

En el supuesto de que no se cumpliesen todos estos requisitos, cabe suponer que los comicios curiados denegarían la *adrogatio*. En estas circunstancias, podía darse la situación de que un *pater familias* falleciese sin haber conseguido procurarse, mediante cauces naturales o adoptivos, una descendencia legítima. Entonces entraba en juego el sistema sucesorio plasmado sinteticamente en las XII Tablas.

²⁷⁴ Como pone de manifiesto el pasaje de Gell., *Noct. Att.* 5.19.6: *Nam comitia arbitris pontificibus praebeantur, quae "curiata" appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiosae adpetita sint, consideratur, iusque iurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur.*

²⁷⁵ Cic., *de dom.* 13.34: *Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus.*

²⁷⁶ DE MARTINO, F., «Storia arcaica e diritto romano privato», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 4 (1950), pp. 387 ss.

4.2. LAS FORMAS TESTAMENTARIAS PRIMITIVAS

Como hemos destacado anteriormente, la primigenia ordenación del fenómeno hereditario que se estableció en Roma otorgaba una posición de especial prevalencia a los *sui heredes*. Tradicionalmente se consideraba que eran los encargados de asegurar la continuidad de la familia en el tiempo, independientemente de la voluntad personal del *pater familias* o de los propios herederos. Únicamente en ausencia de estos se acudía a la regulación del fenómeno sucesorio recogida en las XII Tablas.

En este sentido, la redacción original de XII Tab. 5.4²⁷⁷ no solo evidenciaba la existencia de testamentos en época decenviral, sino que además ponía de manifiesto que los herederos designados por vía testamentaria prevalecían sobre el llamamiento a los parientes agnados o gentiles. Sin embargo, resta por analizar qué entendían los antiguos romanos cuando hacían alusión a los testamentos²⁷⁸.

De acuerdo con Aulo Gelio, parece que el primer jurista romano interesado en indagar acerca del origen de los testamentos fue Servio Sulpicio Rufo, el cual afirmaba que se trataba de una palabra compuesta por los vocablos “*mentis contestatione*”.

Gell., *Noct. Att.* 7.12.1: *Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus "testamentum" verbum esse duplex scripserit, non reperio; nam compositum esse dixit a mentis contestatione.*

Sobre la base de este impreciso apunte etimológico, distintos juristas de épocas posteriores elaboraron una serie de definiciones más precisas, que coinciden en destacar que los testamentos contenían una declaración de voluntad realizada por el testador acerca de lo que debía suceder después de su fallecimiento²⁷⁹. Sin embargo, estos fragmentos no ofrecen ninguna información concreta sobre el contenido, el alcance o la función de las primitivas formas testamentarias.

²⁷⁷ De acuerdo con la interpretación expuesta anteriormente en el apartado 2.3, su tenor literal habría sido: “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*”.

²⁷⁸ Sobre el origen etimológico de la palabra *testamento*, derivada del término osco *tristaamentund*, cfr. MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 9 nt. 17; GOLDMANN, E., «Das Alter des römischen Testaments», en ZSS, 51 (1931), pp. 223 ss.; BIONDI, B., *Successione*, cit., p. 13.

²⁷⁹ Esta es la conclusión alcanzada por ZABLOCKI, J., «Le più antiche forme del testamento romano», en *Ius Romanum Schola Sapientiae* (2009), pp. 550-551, tras haberse referido a las definiciones sobre el testamento que aparecen recogidas en *Tit. Ulp.* 20.1; *Inst.* 1.2.10 pr.; Modestino, 2 *pand.*, D. 28.1.1; Ulpiano, 1 *ad Sab.*, D. 28.1.20.8.

El testimonio más antiguo en relación con las primeras formas de testamento que existieron en Roma procede nuevamente de la obra de Aulo Gelio, quien se remonta a los comentarios a la obra de Servio Sulpicio Rufo realizados por el jurista Lelio Félix en los que trataba sobre las funciones de los comicios curiados.

Gell., *Noct. Att.* 15.27.1: *In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere 'calata' comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa.*

2. *Eorum autem alia esse 'curiata', alia 'centuriata'; 'curiata' per lictorem curiatum 'calari', id est 'conuocari', 'centuriata' per cornicinem.*

3. *Isdem comitiis, quae, calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum uiri ad proelium faciendum in aciem uocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes libra adhiberetur.*

Una vez indicado que entre los *comitia calata* podía distinguirse entre comicios curiados y comicios centuriados, el jurista precisaba que en estas primitivas asambleas populares se celebraban tanto la *sacrorum detestatio* como los testamentos. Y dentro de estos últimos distinguía tres tipos: el primero se realizaba ante los *comitia calata*, otro tenía lugar antes de partir a la guerra y, por último, existía un tercer tipo de testamento por el que se mancipaba la *familia* haciendo uso de una balanza. Sin embargo, no especificaba cuál de ellos presentaba mayor antigüedad.

En relación con esa evolución histórica, las instituciones de Gayo proporcionan una información más precisa. De acuerdo con la finalidad pedagógica de esta obra, el jurista recuerda que las primeras formas testamentarias de las que se tiene conocimiento en la historia jurídica romana recibían la denominación de testamento *calatis comitiis* y testamento *in procinctu*.

Gai. 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Con posterioridad en el tiempo, el jurista afirma que se habría desarrollado una tercera forma testamentaria primitiva que se denominaba *per aes et libram* debido a que se realizaba a través de una mancipación de la *familia*²⁸⁰.

Gai. 2.102: *Accesit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipatio debat eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari uellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

El testimonio de Gayo permite recomponer la referencia histórica esbozada por Aulo Gelio, de manera que se atisba una evolución en la que inicialmente solo habrían existido dos tipos de testamentos, de los que uno se realizaba ante los comicios y otro justo antes de entrar en guerra. Solo con posterioridad se habría diseñado el denominado testamento *per aes et libram*, que presentaba una naturaleza completamente distinta a las primitivas formas testamentarias. Frente a las formalidades de la época arcaica, este nuevo testamento se otorgaba a través de la forma mancipatoria y, de acuerdo con Gayo, se utilizaba en situaciones de peligro de muerte.

En este mismo sentido, el autor de *Tit. Ulp.* manifestaba la existencia de tres grandes formas testamentarias en época antigua. Sin embargo, no hacía referencia a la antigüedad de los mismos. Tan solo indicaba que dos de ellos, el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu*, habían sido abolidos y únicamente seguía vigente el testamento *per aes et libram*. Esto podría deberse a que al tratarse de textos jurídicos de época clásica tardía se refieran unitariamente a estas primeras formas testamentarias como un conjunto de instituciones de tiempos remotos.

Tit. Ulp. 20.2: Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.

²⁸⁰ Vid. *infra* capítulo V apartado 4.4.

Si bien solo en las instituciones de Gayo se manifiesta de manera expresa la evolución histórica de estas formas testamentarias, todos los fragmentos coinciden en el orden expositivo: en primer lugar siempre se sitúa el testamento *calatis comitiis*, luego se alude al testamento *in procinctu* y, por último, se vincula el denominado testamento *per aes et libram* con la *mancipatio familiae*. Implícitamente se traza la misma frontera delineada por Gayo entre las dos primeras formas testamentarias, pertenecientes a una realidad histórica más remota, y el testamento *per aes et libram*.

De esta forma, las distintas referencias que las XII tablas contenían en relación a los testamentos debían referirse a esas dos primeras formas testamentarias o, al menos, al antiquísimo testamento *calatis comitiis*²⁸¹. Con respecto a este, las fuentes ofrecen poca información acerca de su naturaleza o función. Se sabe que recibía este nombre por celebrarse ante los *comitia calata*, que estaban presididos por el Pontífice Máximo y se reunían dos veces al año, el 24 de marzo y el 24 de mayo²⁸², con el fin de atender las necesidades testamentarias de los ciudadanos romanos.

A tenor de las tensiones sociales entre patricios y plebeyos desde comienzos del período republicano, es posible que originariamente estos últimos estuvieran excluidos de las principales asambleas populares²⁸³ y, en consecuencia, no tuvieran posibilidad de realizar esta clase de testamentos²⁸⁴. De esta forma, es posible que originariamente solo los patricios estuvieran facultados para constituir testamentos.

²⁸¹ En general, la doctrina acepta que durante la época decenviral ya se conocían esos dos testamentos primitivos, otorgando prioridad histórica al testamento *calatis comitiis*, vid. KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., pp. 851 ss.; WESTRUP, C. W., *The patriarchal joint family*, cit., p. 125; COLI, U., *Il testamento*, cit., pp. 43 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 18; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 106. No obstante, algunos autores consideran que el testamento *in procinctu* habría precedido en el tiempo al resto, vid. LÜBTOW, U., «Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts», en *Studi De Francisci* (Milán, 1956), pp. 154 ss.

²⁸² En relación con la precisión de las fechas en que se podían realizar testamentos en los comicios, vid. MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, vol. III, cit., p. 319; VOIGT, M., *Die XII Tafeln* (Leipzig, 1883), pp. 224 ss.; MINIERI, L., «Il testamentum *in procinctu*», en *SDHI*, 64 (1998), pp. 269 ss.; FACHETTI, G. M., «All'origine del "testamentum"», en *Index*, 30 (2002), pp. 230 ss.

²⁸³ Esta es la conclusión que se deduce de los escritos, entre otros, de BONFANTE, P., *Storia del Diritto Romano*, vol. I (Milán, 1958), pp. 103 ss.; DE FRANCISCI, P., *Storia del Diritto Romano*, vol. I, cit. p. 250; MAGDELAIN, A., «Le suffrage universel à Rome au Ve siècle av. J.-C.», en *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain* (Roma, 1990), pp. 454 ss. En contra de esta teoría se manifiesta DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, cit., p. 123.

²⁸⁴ MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht* III, cit., p. 78; KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 852; BIONDI, B., *Successione*, cit., p. 37; SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., p. 197. AMELOTI, M., *Le forme classiche di testamento*, vol. 1 (Turín, 1966), p. 30; D'ORTA, M., *Saggio sulla 'Heredis institutio'*, cit., p. 117.

La ceremonia ante los comicios curiados recaía sobre el Pontífice Máximo, que se encargaba de verificar que se cumplían todos los requisitos formales y permitía que el *pater familias* hiciera una declaración *in populi contione*²⁸⁵. Se desconoce si el papel de los comicios era puramente testimonial²⁸⁶ o debía ratificar la validez del testamento con su voto en sentido favorable²⁸⁷. En todo caso, parece evidente que la celebración ante los comicios funcionaba como una forma de control de un acto jurídico que trascendía más allá de la simple voluntad de los interesados.

Esa necesidad de control público estaba directamente vinculada a la función que debía desempeñar el testamento *calatis comitiis*. El reconocimiento de una amplísima libertad de disposición sobre la *hereditas* resulta ciertamente inimaginable, teniendo en cuenta que los *sui heredes* se hacían cargo de la *familia* de manera automática²⁸⁸. De esta manera, el testamento podría haberse utilizado para transmitir ciertos bienes concretos a algún heredero concreto²⁸⁹ o, como defiende la mayor parte de la doctrina, con el fin de procurar un heredero al *pater familias* sin descendientes.

²⁸⁵ Vid. *supra* Gell., *Noct. Att.* 15.27.3.

²⁸⁶ El principal argumento en favor de esta tesis radica en el hecho de que para resolver cuestiones testamentarias los *comitia* se reunían *in contione*, que es un modelo asambleario distinto al utilizado cuando se llamaba al pueblo para deliberar una decisión. En favor de esta postura se han manifestado, entre otros autores, VOIGT, M., *Die XII Tafeln*, cit., pp. 220 ss.; KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., pp. 850 ss.; FERRINI, C., «Sull'origine dei legati», en *BIDR*, 1 (1888), ahora en *Opere di Contardo Ferrini*, vol. IV (Milán, 1930), pp. 193 ss.; HÖLDER, E., «Das Wesen der Erbgründe und Erbfolge nach römischen Rechte», en *ZSS*, 30 (1909), pp. 68 ss.; en la actualidad sigue manteniendo vigencia en la obra de autores como MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 610; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 355; ARCES, P., «Sulla “natura fideicommissaria” del “gestum per aes et libram” utilizzato per disporre “mortis causa”», en *Rivista di Diritto Romano*, XI (2011), pp. 8 ss.; CASTAN, S., *Reflexiones*, cit., p. 239.

²⁸⁷ En general, los autores que defienden esta posición se inclinan por considerar que la asamblea debía aprobar la *rogatio* propuesta de forma similar a como se aprobaba una *lex publica*. Entre ellos destacan MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, vol. III, cit., pp. 319 ss.; WLASSAK, M., «Vindikation und Vindikationslegat», en *ZSS*, 31 (1910), pp. 210 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, cit., pp. 70 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, vol. II, cit., p. 524; KASER, M., *Das altrömische Ius*, cit., p. 342; WESTRUP, C. W., *The patriarchal joint family*, cit., p. 125; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 16; COLI, U., *Il testamento*, cit., pp. 42 ss.; ZABLOCKI, J., *Le più antiche forme*, cit., p. 556.

²⁸⁸ Desde una perspectiva marcadamente política, acorde con su visión de la antigua familia romana, BONFANTE, P., *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, cit., pp. 325 ss., defendía que el testamento se habría utilizado desde sus orígenes para que el *pater familias* designase potestativamente a un sucesor que ocupase su lugar al frente de la familia.

²⁸⁹ LENEL, O., *Zur Geschichte der heredis institutio*, cit., pp. 120 ss., es el principal precursor de una fuerte corriente de corte germánico que mantiene que las primitivas formas testamentarias romanas sólo contenían legados (*Legatentestament*). Sin embargo, TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 717., afirma que en la actualidad se trata de una teoría completamente superada por la doctrina romanística.

Actualmente la mayor parte de la doctrina se inclina en favor de esta última hipótesis, destacando el fuerte paralelismo que existía antiguamente entre el testamento *calatis comitiis* y la *adrogatio*²⁹⁰. En ambos supuestos se trataba de actos jurídicos que debían celebrarse ante los comicios curiados porque tenían como finalidad la creación de un *suus heres* artificial que solucionase la falta de descendientes del *pater familias*. Las similitudes son tan notables que incluso algunos romanistas han planteado la posibilidad de que se tratase de un mismo acto jurídico²⁹¹.

Sin embargo, a pesar de las indiscutibles semejanzas que existían entre estas dos instituciones, no pueden confundirse. No parece que tuviera mucho sentido otorgar una denominación distinta a dos actos jurídicos pretendidamente idénticos, pero es que además parecen percibirse notables diferencias procedimentales; a diferencia de lo que sucedía con la *adrogatio*, la celebración del testamento solo podía celebrarse en fechas muy concretas, se realizaba una única declaración solemne por parte del testador y no parece que se necesitase la aprobación de los comicios. Ahora bien, posiblemente la principal diferencia que existía entre la *adrogatio* y el testamento *calatis comitiis* radicaba en que mientras el primer acto adquiría eficacia jurídica desde que se realizaba la adopción ante los comicios curiados, el testamento solo producía efectos jurídicos a partir del fallecimiento del *pater familias*²⁹². Esto ha llevado a que incluso se hayan acuñado expresiones como “*adrogatio mortis causa*”²⁹³.

²⁹⁰ Un elenco de la principal bibliografía al respecto en VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 16 ss.

²⁹¹ WLASSAK, M., *Studien*, cit., p. 15; PEROZZI, S., *Istituzioni*, p. 523; ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti*, cit., p. 577; BIONDI, B., *Successione*, cit., p. 34; VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 16 ss.; KASER, M., *RPR*, pp. 356 ss.; GUARINO, A., *Storia del Diritto Romano* (Nápoles, 1996), p. 94; AMELOTI, M., *Le forme classiche di testamento*, cit., p. 460; MANFREDINI, D., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano* (Turín, 1991), p. 26; FACHETTI, G. M., *All'origine del “testamentum”*, cit., p. 227; CASTRO SÁENZ, A., *Herencia*, cit., p. 56; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 355; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos*, cit., p. 388.

²⁹² Así se manifiestan, entre otros, PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 454; JÖRS-KUNKEL, P., *Derecho Privado Romano*, traducción al castellano por L. Prieto Castro (1965), cit., pp. 438 ss.; KASER, M., *RPR*, cit., pp. 27 ss.; D'ORTA, M., *Saggio sulla ‘heredis institutio’*, cit., pp. 108 ss.; VARELA MATEOS, E., *La escasa viabilidad*, cit., p. 553; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 184; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 628. MANFREDINI, D., *La volontà*, cit., pp. 26 ss.; DALLA, D. Y LAMBERTINI, R., *Istituzioni*, cit., pp. 469-470; FINAZZI, G., *La sostituzione pupillare* (Nápoles, 1997), pp. 23 y 24.; CASTRO SÁENZ, A., «Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos», en *SDHI*, 75 (2005), pp. 525 ss.; RIBAS ALBA, J. M., *Democracia en Roma, Introducción al Derecho electoral romano* (Granada, 2009), pp. 138-139; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Storia di Roma tra diritto e potere* (Bologna, 2009), pp. 41 ss.

²⁹³ SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., pp. 233 ss.; AMELOTI, M., *Le forme classiche di testamento*, cit., p. 460; FACHETTI, G. M., *All'origine del “testamentum”*, cit., p. 229.

El otorgamiento de testamento conllevaba entonces la ventaja de no tener que integrar a un extraño en la familia de manera inmediata, sino que este únicamente adquiriría la condición de *suus heres* en el momento de la muerte del *pater familias*. Frente a la inmediatez que implicaba la *adrogatio*, el testamento *calatis comitiis* parece responder más bien a una previsión de futuro para el caso de que se produjera una muerte imprevista. Por ese motivo, consideramos que más que un mecanismo jurídico de perfeccionamiento²⁹⁴, esta forma testamentaria posiblemente fuese elaborada como una previsión complementaria a la *adrogatio*.

Como hemos recalcado a lo largo de nuestra investigación, en Roma existía una verdadera obsesión por asegurar la continuidad familiar. Por ese motivo, la primitiva ordenación hereditaria otorgaba la condición de herederos necesarios a los *sui heredes*, de forma que solo en el caso de que el *pater familias* careciese de descendientes y no tuviera esperanzas de tenerlos, podía acudir a la *adrogatio* para procurarse un heredero que garantizase la continuidad del grupo familiar.

Ahora bien, esta regulación presentaba el inconveniente de que ante una muerte inesperada podría darse la situación de que un *pater familias* falleciera sin descendencia legítima y sin haber podido celebrar *adrogatio*, pues todavía se encontraba en situación de haber podido engendrar naturalmente a un heredero. Este riesgo parece evidente en una sociedad dispuesta para la guerra y basada en una economía de subsistencia. Ante el temor de que pudieran suceder estas fatalidades, los romanos debieron establecer algún mecanismo complementario que evitase la desaparición de una familia.

La solución consistió en que los patricios, en cuanto que eran los ciudadanos romanos más preocupados por asegurar la continuidad de sus linajes²⁹⁵, dispusieran de un instrumento en virtud del cual designar a una persona que ocuparía la posición de *filius familias* en el caso de que murieran sin descendientes legítimos. Si bien se trataba de una disposición de naturaleza privada, lo cierto es que con esa decisión se alteraba todo el sistema sucesorio tradicional. Así se explica que se exigiese un cierto control del contenido del testamento por parte de los comicios curiados.

²⁹⁴ En relación con la funcionalidad arcaica de los primeros testamentos, VOICI, P, *Diritto ereditario*, cit., p. 19, afirma que “se al *pater* non è riconosciuto, in presenza di *sui*, il potere di mutare la situazione familiare, che la natura ha creato, il testamento ha, appunto, una funzione sussidiaria e correttiva: dare a un estraneo la posizione del *suus* e così assicurare la continuità della famiglia”.

²⁹⁵ RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem*, cit., p. 53.

A diferencia de lo que sucedía con la *adrogatio*, no había necesidad de verificar que el *pater familias* hubiera agotado todas las posibilidades de engendrar un hijo naturalmente, pero tampoco resultaba aceptable la celebración de un testamento en aquellos supuestos en que existieran *sui heredes*²⁹⁶. Por esa razón, es posible que antes de que tuviese lugar la celebración del acto los pontífices pudieran rechazar aquellas propuestas testamentarias que violentaban la prevalencia de los herederos naturales. Consecuentemente, parece razonable pensar que si finalmente ese cabeza de familia lograba tener descendientes legítimos, independientemente de que fueran naturales o adoptivos²⁹⁷, la designación testamentaria devendría ineficaz.

Sin embargo, algunos autores consideran que este planteamiento implicaría que los testamentos habrían tenido un alcance excesivamente reducido en época decenviral, pues solo se habrían utilizado cuando un *pater familias* fallecía sin *sui heredes*. Desde esta perspectiva se destaca que estos supuestos habrían resultado extraordinarios en una sociedad tan obsesionada por la continuidad familiar y en la que además se contaba con diversos medios correctivos para poner solución a todas aquellas situaciones en que no se lograba un hijo por medio de la reproducción natural²⁹⁸.

Sin embargo, en contraposición a los distintos mecanismos de salvaguarda de la continuidad familiar, el testamento presentaba una función innovadora. Mientras que el resto de respuestas partían de una situación de imposibilidad, la celebración del acto testamentario no ponía en duda que se pudiera lograr cierta descendencia legítima, sino que se realizaba ante el riesgo de que un *pater familias* falleciera sin herederos naturales que permitiesen continuar la familia en el tiempo. Todos perseguían el mismo objetivo, pero en lugar de presentar una funcionalidad correctora, el testamento *calatis comitiis* presentaba una naturaleza preventiva.

²⁹⁶ Con respecto a esta cuestión, CASTAN, S., *Reflexiones*, cit., pp. 241 ss., conjetura que es posible que existiera una excepción en caso de que todos los *sui heredes* fueran mujeres o impúberes, de forma que el testamento *calatis comitiis* podría haber constituido una temprana manifestación de la sustitución pupilar. Vid. FINAZZI, G., *La sostituzione pupillare*, cit., p. 28.

²⁹⁷ Al respecto, VARELA MATEOS, E., *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria*, cit., p. 550, destaca que al igual que no podría celebrarse una *adrogatio* existiendo descendientes legítimos naturales sometidos a la autoridad del *pater familias*, tampoco cabría contemplar la posibilidad de constituir un *suus heres* a través del testamento si el *pater familias* ya contaba con algún arrogado.

²⁹⁸ Como destaca CASTRO SÁENZ, A., «Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana», en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Orense, 1998), pp. 214 ss., los romanos ya contaban desde época muy remota con mecanismos jurídicos como la adopción, la citada *adrogatio* o el repudio de la mujer estéril.

Con posterioridad en el tiempo parece haber surgido el testamento *in procinctu*²⁹⁹. A diferencia del testamento *calatis comitiis*, celebrado en tiempos de paz y tranquilidad, Gayo señala que este nuevo testamento se realizaba cuando se tomaban las armas para dirigirse a la batalla. Precisamente de ese origen bélico provendría su nombre, pues el jurista antoniniano recordaba que “*procinctus*” se entendía como “*expeditus et armatus exercitus*”³⁰⁰. En un sentido semejante se pronuncia Festo.

Fest., s.v. *In procinctu*, L. 96: *In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat praesentibus commilitonibus.*

Fest., s.v. *Procincta classis*, L. 294: *Procincta class<is dicebatur exercitus ad> proelium instructus et parzatus, quem Diali flamini vi>dere non licet; anti ... dixerunt, ut nunc quoque ... tus est. Procincta autem ... ad pugnam ire solit... <testament>a in procinctu fieri n...*

Esta nueva modalidad testamentaria también se realizaba públicamente, pero en este caso los compañeros del ejército cumplían la función de los comicios curiados³⁰¹. En esta misma línea argumentativa, la mayor parte de la doctrina considera que este nuevo testamento se habría elaborado tomando como referencia la estructura y función del antiguo testamento *calatis comitiis*, pero adoptando sus características para tiempos de guerra³⁰². No obstante, algunos autores mantienen que se trataba de un instrumento jurídico más evolucionado, que se habría utilizado para transmitir bienes muebles del causante o, atendiendo al testimonio de Cicerón³⁰³, incluso con el fin de constituir la tutela de los hijos impúberes de los soldados³⁰⁴.

²⁹⁹ Acerca de las distintas dataciones sobre el origen de esta forma testamentaria se ocupa MINIERI, L., *Il testamentum in procinctu*, cit., p. 256.

³⁰⁰ No debe confundirse con el testamento militar regulado originariamente por Julio César, modificado posteriormente por distintos emperadores y consolidado definitivamente por Trajano (D. 29.1.1 pr.). Para más información acerca de este tipo de testamento vid. HERNÁNDEZ-GIL, A., *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)* (Madrid, 1946).

³⁰¹ Algunos autores, entre los que se encuentran DE SANCTIS, G., *Storia dei Romani*, cit., p. 52; SCHERILLO, G., «Appunti sul testamento “*in procinctu*” nel diritto romano», en *Scritti Giufrè*, vol. I (Milán, 1967), p. 781, mantienen que el testamento *in procinctu* se celebraba, trazando un evidente paralelismo con el testamento *calatis comitiis*, ante los comicios centuriados. Sin embargo, las fuentes no parecen corroborar esta hipótesis.

³⁰² En este sentido, vid. ARANGIO-RUIZ, V., «L’origine del “*testamentum militis*” e la sua posizione nel diritto romano classico», en *BIDR*, 18 (1906), p. 159; ID., *Le genti e la città*, cit., p. 153; FERRINI, C., *Sull’origine dei legati*, cit., p. 195; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 628.

³⁰³ Cic., *de orat.* 1.53.228.

³⁰⁴ CASTAN, S., *Reflexiones*, cit., pp. 246-247.

Sin embargo, ninguna de estas hipótesis resulta convincente. Sabiendo que los romanos distinguían desde época decenviral entre los legados y los testamentos, habrían empleado el término legado para referirse a un instrumento en virtud del cual se podían otorgar disposiciones a título particular. Por otro lado, el fragmento de Cicerón parece aludir al testamento *per aes et libram*, que indudablemente permitía al testador designar a un tutor para sus hijos impúberes³⁰⁵. Finalmente, en caso de haber presentado distinta funcionalidad, parece lógico pensar que tanto la ley de las XII Tablas como los juristas que con posterioridad se referían a estas formas testamentarias primitivas no hubieran otorgado un tratamiento conjunto a estos dos primeros testamentos.

Por ese motivo, parece que el testamento *in procinctu* debió elaborarse a partir de la configuración del testamento *calatis comitiis*, pero ofrecía una mayor flexibilidad al prescindir de las restricciones formales que imponía la celebración ante los comicios. Se trataba, en esencia, de un nuevo mecanismo de protección de la continuidad familiar, especialmente orientado para cabezas de familia que se encontraban en los momentos previos a entrar en batalla y no habían tenido la precaución o no habían dispuesto de la oportunidad³⁰⁶ de procurarse un heredero ante los comicios curiados.

Ahora bien, a pesar de haber surgido como una mera derivación del testamento comicial, es posible que el testamento *in procinctu* sí trajera aparejada una diferencia con respecto a las personas legitimadas para otorgar testamento. Si bien en ambos casos el causante debía ser un *pater familias*, parece que el hecho de que el testamento *calatis comitiis* únicamente pudiera constituirse ante los comicios curiados limitaba su acceso a los ciudadanos de condición patricia³⁰⁷. Por el contrario, el testamento *in procinctu* habría resultado accesible a todos los ciudadanos romanos desde el primer momento, pues tanto patricios como plebeyos formaban parte del ejército romano³⁰⁸. Por tanto, esta segunda forma testamentaria arcaica constituía una herramienta de utilidad tanto para los patricios que carecían de herederos naturales y no habían realizado testamento antes de encontrarse en batalla, como para los plebeyos, pues era la única vía de que disponían para nombrar heredero en ausencia de *suus heres*.

³⁰⁵ Vid. *infra* capítulo V apartado 4.4.

³⁰⁶ En este sentido, cabe recordar que los comicios curiados únicamente se reunían dos veces al año para la confección de testamentos.

³⁰⁷ FUSTEL DE COULANGES, N. D., *La cité antique*, cit., p. 295.

³⁰⁸ SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., p. 197. D'ORTA, M., *Saggio*, cit., p. 117.

Ahora bien, la situación cambiaría radicalmente con la publicación de la ley de las XII Tablas. Dado que una de sus principales pretensiones consistía en promover la igualdad de todos los ciudadanos romanos en el plano jurídico, parece razonable pensar que también se reconociera a los plebeyos la posibilidad de constituir los testamentos *calatis comitiis*³⁰⁹. Sin embargo, no deja de resultar sorprendente que la ley decenviral presumiera la existencia de la institución testamentaria, pero no mencionase expresamente ninguna de estas formas testamentarias. En relación con este enigma, todo apunta a que el testamento estaría regulado fuera de la norma decenviral, como si fuese una forma especial de adopción con fines testamentarios.

El hecho de que la delación testamentaria no apareciera regulada en la norma decenviral contrasta con la atención que recibía la delación intestada. Mientras que las XII Tablas únicamente se referían al testamento de forma indirecta, XII Tab. 5.4 y 5.5 se refieren expresamente a la *successio ordinum ab intestato*. Esta circunstancia solo puede explicarse debido a que si bien prevalecía la designación testamentaria sobre la sucesión *ab intestato*, esto no implica que la ordenación sucesoria a través de las formas testamentarias primitivas fuese necesariamente la más frecuente.

En primer lugar, hay que recordar que para que pudiera existir una designación testamentaria se requería que un *pater familias* careciese de *sui heredes*, circunstancia ciertamente extraordinaria en una sociedad obsesionada con la continuidad familiar, donde existía una alta tasa de natalidad y numerosos recursos jurídicos para evitar que un *pater familias* muriera sin descendientes legítimos.

La excepcionalidad del testamento *calatis comitiis* se pone de manifiesto en su propia articulación técnica: no podía ser muy frecuente un acto que únicamente podía realizarse dos veces al año y que exigía reunir a la principal asamblea popular romana y ser dirigida por el Pontífice Máximo. Pero es que, además, se trataba de un privilegio reservado a los varones de la clase patricia, que constituían una minoría en términos demográficos. Vedada esta posibilidad a la inmensa mayoría de la población, es lógico pensar que la manera habitual de suceder fuese la *ab intestato*.

³⁰⁹ AMELOTI, M., *Le forme classiche di testamento*, cit., p. 30. destaca que la redacción de la ley de las XII Tablas no hacía ninguna mención a los grupos sociales de los patricios o plebeyos al tratar el orden de llamamientos sucesorios en la Tabla 5.4, lo que cabe interpretar como un derecho implícito de todos los ciudadanos romanos a otorgar testamento.

La ley de las XII Tablas se limita a reflejar la realidad jurídica de su tiempo en materia sucesoria: no discute la prevalencia de los *sui heredes* como continuadores de la *familia*, regula expresamente la sucesión en favor de los parientes agnados y gentiles, que constituía la forma ordinaria de suceder en ausencia de herederos naturales, y extiende a los plebeyos el acceso a las formas testamentarias primitivas que hasta ese momento habían constituido una práctica exclusiva en favor del patriciado.

Su publicación constituye un punto de inflexión en el derecho de sucesiones, pues recoge los vestigios de un antiquísimo sistema hereditario fundamentado sobre la noción de continuidad familiar, al tiempo que abre las puertas a todo un nuevo mundo de posibilidades en relación con la capacidad dispositiva *mortis causa*. En este punto jugará un papel determinante la jurisprudencia republicana, que sobre la base de las disposiciones decenvirales construirá el testamento *per aes et libram*.

En consecuencia, la publicación de ley de las XII Tablas constituye un momento histórico trascendental al reconocer el acceso de todos los ciudadanos romanos a todas las formas testamentarias primitivas, pero al mismo tiempo constituye el final de esas mismas formas testamentarias. Mientras que el testamento *calatis comitiis* no debió de desaparecer por completo hasta el siglo IV a.C., las fuentes dan noticia de que el testamento *in procinctu* habría subsistido hasta mediados del siglo II a.C.³¹⁰.

³¹⁰ Cic., *de orat.*, 1.53.228; *de nat. deor.*, 2.3.9.

4.3. LA SUCESIÓN DE AGNADOS Y GENTILES

La ley de las XII Tablas aseguraba la continuidad familiar en el tiempo a través del reconocimiento de prevalencia de los *sui heredes* en el orden sucesorio. No obstante, cabía la posibilidad de que un *pater familias* muriese sin haber conseguido engendrar descendientes legítimos y sin haberse procurado un *suus heres* por vía testamentaria. En esos casos, XII Tab. 5.4 establecía que el patrimonio hereditario debía pasar a manos del pariente agnado más próximo al causante.

XII Tab. 5.4: *Si intestato moritur, adgnatus proximus familiam habeto.*

Bajo la denominación de agnados se encuadran todas las personas libres que se encontrarían sometidas a la patria potestad del *pater familias* si aún viviera, es decir, todos los parientes que formaban parte de la familia *communi iure*. De esta manera, la referencia decenviral al *agnatus proximus* hacía referencia al pariente más cercano en línea colateral al *de cuius*³¹¹. Ahora bien, la condición de agnado solo se transmitía por vía masculina: se consideraban agnados todos sus hijos y descendientes de ambos sexos que provinieran de los hijos varones del *pater*, pero no así los provenientes de las hijas del *paterfamilias*, pues formaban parte de la familia de su marido³¹².

De esta manera, lo más habitual era que, en caso de que no hubiera *sui heredes*, la *hereditas* correspondería a los hermanos y hermanas del fallecido. Y solo en ausencia de estos debían ser llamados los agnados de grado ulterior que descendían por línea masculina: tíos y tías del causante, tíos y tías del padre del causante, hasta los hijos de los hermanos varones del causante³¹³.

³¹¹ Aunque algunos autores como LEPRI, M. F., *Saggi sulla terminologia*, cit., pp. 313 ss., han sostenido que la diferenciación entre los agnados próximos y los *sui heredes* no se produjo hasta el siglo II a.C., GUARINO, A., *Sui e adgnati nelle XII Tabulae*, cit., pp. 128 ss., ha demostrado que a tenor del contenido de XII Tab. 5.7a se puede concluir que desde época decenviral se trataba de dos grados de parentesco completamente diferenciados. En este sentido, cabe destacar que aceptar otra interpretación supondría reconocer que los decenviros hubieran confiado absurdamente la *potestas* sobre el *pater familias* que deviene demente a sus propios descendientes *in potestate*.

³¹² IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 667 nt. 9, explica que si bien parece que inicialmente no se distinguía por género, desde finales de la época republicana la jurisprudencia limita la sucesión de las mujeres al segundo grado de parentesco. Los agnados de género masculino eran llamados a la sucesión *ab intestato* sin que existiese un límite de grados de parentesco; sin embargo, las mujeres sólo podían suceder hasta el segundo grado, es decir, tan sólo las hermanas, pero no las tías paternas o los nietos por vía femenina. A este respecto, *cfr.* Gai. 1.156; Gayo, *1 Inst.*, D. 26.4.7; Paulo, *de grad. et adfin.*, D. 38.10.10.3; Gayo, *16 ad Ed. prov.*, D. 50.16.196.1; Inst. 1.15.1 y 3.2.1.

³¹³ CASTAN, S., *Reflexiones*, cit., p. 239.

Si existía más de un agnado del mismo grado, todos serían llamados a recibir la herencia por partes iguales (*in capita*) y podían crear un consorcio familiar mediante una *legis actio* especial. En el caso de que uno de los parientes agnados llamados a suceder premuriese o por cualquier otro motivo no adquiriese la herencia, su parte se repartía entre el resto de agnados del mismo grado³¹⁴, ya que no se reconocía el derecho de representación a los descendientes de ese familiar.

El llamamiento a los parientes agnados más próximos reforzaba la funcionalidad del sistema de sucesión hereditario: en principio la obligación de continuar la familia se encomendaba a los *sui heredes*, que constituían el círculo más cercano al *pater familias*, pero en defecto de estos se acudía a un círculo familiar más amplio. De esta forma, los agnados representaban un mecanismo de protección subsidiaria, pues evitaban la dispersión del patrimonio doméstico fuera del ámbito familiar.

La delación en favor del *agnatus proximus* se prolongaba originariamente hasta el sexto grado de parentesco³¹⁵. Una vez comprobado que ningún pariente respondía a ese llamamiento no se contemplaba la *successio gradum*³¹⁶, de forma que si el agnado o agnados de grado más próximo llamados a suceder no adquirían la herencia, la delación no se transfería a los parientes agnados de grado ulterior. Con respecto al destino del patrimonio familiar, la mayor parte de la doctrina se inclina a considerar que en estos casos la herencia se mantenía yacente³¹⁷, sin que se pudiera acudir al siguiente orden de llamada sucesoria intestada, esto es, a los gentiles (*successio ordinum*)³¹⁸.

³¹⁴ Numerosas fuentes confirman que el derecho de acrecimiento en la sucesión intestada se aplicaba como norma general en el orden sucesorio de los agnados, *vid.* Marciano, 5 *Inst.*, D.38.16.9; Ulpiano, 12 *ad Sab.*, D. 38.17.1.9; *Tit. Ulp.* 26.5; *Pauli Sent.* 4.8.24. Un recorrido en profundidad por la regulación del llamado *ius adscrescendi* puede encontrarse en VACCARO DELOGU, R., *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* (Milán, 1941), pp. 26 ss.; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 417 ss.; ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico* (Milán, 1953), pp. 151 ss.; PÉREZ SIMEÓN, R., *Nemo pro parte testatus*, cit., pp. 41 ss.; FERNÁNDEZ VISCAÍNO, J. B., *El ius adscrescendi en la sucesión ab intestato romana* (Alicante, 2009), pp. 509 ss.

³¹⁵ TALAMANCA, M., *Elementi di Diritto privato romano*, cit., p. 364.

³¹⁶ Gai. 3.11-13.

³¹⁷ PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 582; VOLTERRA, E., *Istituzioni*, cit., p. 794; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 504; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., pp. 472 ss.; FRANCIOSI, G., *Corso istituzionale di diritto romano* (Turín, 2000), p. 229; MANFREDINI, A. D., *Istituzioni di diritto romano* (Turín, 2003), p. 279; SANTALUCIA, B., AA. VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico* (Turín, 2003), p. 235; LAMBERTINI, R., «Legge delle XII tavole e cosiddetta „*successio ordinum*”», en *Studi G. Nicosia*, vol. IV (Milán, 2007), pp. 295 ss.; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 342.

³¹⁸ Para conocer los distintos posicionamientos en torno a si en época antigua regía o no la institución de la *successio ordinum*, véase OLIVIERO, G. M., *A proposito di "successio ordinum"*, cit., pp. 625 ss.

Dado que esta situación generaba cierta inseguridad jurídica y ponía en riesgo la continuidad familiar, los romanos subsanaron esta deficiencia a través de la apropiación posesoria³¹⁹, el amparo del derecho pretorio³²⁰ y, por encima de todo, gracias al recurso de la *in iure cessio*. Cuando se producía la sucesión *ab intestato*, los agnados llamados a suceder podían realizar una *in iure cessio* de la herencia³²¹ y convertir en heredero civil al cesionario³²², en virtud de la *addictio* constitutiva del magistrado³²³.

De acuerdo con la mayor parte de la doctrina, se trata de un mecanismo que surge como respuesta a la imposibilidad de la *successio graduum* en la sucesión de los agnados, de manera que se habría posibilitado que el pariente agnado más próximo que no estuviera interesado en suceder, pudiera transmitir el derecho a recibir la *hereditas* a un pariente agnado ulterior y evitar así que resultase vacante. Sin embargo, ya hemos indicado que se trata de un recurso que surge a finales del período republicano³²⁴.

³¹⁹ La posibilidad de usucapir los bienes hereditarios habría surgido como medida de presión dirigida a los herederos legítimos, pues si éstos no se hacían cargo de la *hereditas* con cierta premura podían perder su derecho hereditario en favor de un tercero usucapiente. Sin embargo, cuando se consolida el régimen de los herederos voluntarios y surge la posibilidad de rechazar la herencia, la usucapición de la *hereditas* desempeña una nueva función. El *ius civile* admitió la posibilidad de que los parientes no llamados a suceder pudieran apropiarse del caudal hereditario vacante a través de la *usucapio pro herede*.

³²⁰ El derecho pretorio trata de agilizar este tipo de situaciones a través de distintos mecanismos entre los que destaca la *bonorum possessio*, que otorgaba al pretor la facultad de conceder la posesión de los bienes de una herencia a personas que no habían sido llamadas a la herencia. En general, se utilizaba cuando había transcurrido un plazo de cien días sin que el heredero voluntario hubiera aceptado la delación (*spatium ad deliberandum*) o cuando la había rechazado tras haber sido cuestionado al respecto por parte del pretor (*interrogatio in iure*). A este respecto, *vid.* CASTRO SÁENZ, A., «Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: *Bonorum possessio* e *in Bonis habere*», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 47 (2000), pp. 193-220.

³²¹ En relación con la llamada *in iure cessio hereditatis*, *vid.* AMBROSINO, R., *In iure cessio hereditatis*, cit., pp. 1 ss.; DE MARTINO, F., «Nota in tema di “*in iure cessio hereditatis*”», en *Studi in onore di Siro Solazzi* (Nápoles, 1948), pp. 568-589; GUARINO, A., «*In iure cessio hereditatis*», en *Studi in onore di Siro Solazzi* (Nápoles, 1948), pp. 38-46; BETTI, E., “*In iure cessio hereditatis*”, “*successio in ius*” e titolo di “*heres*” (Nápoles, 1948), pp. 594 ss.; ID., «*La “in iure cessio hereditatis”*», en *RIDA*, 13 (1966), pp. 97 ss.; SCHERILLO, G., «*La in iure cessio dell’eredità*», en *Scritti Carnelutti*, 4 (Padua, 1950), pp. 255 ss.; ALBANESE, B., «*Gai II.34-37 e l’in iure cessio hereditatis*», en *Annali Palermo*, 23 (1953), pp. 213 ss.; SOLAZZI, S., *L’“in iure cessio hereditatis”*, cit., pp. 21 ss.; ID., «*L’obbligatio dell’erede in Gai II, 35-36*», en *Studi De Francisci*, 4 (1956), pp. 239 ss.; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 638; VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 98-102; TORRENT, A., «Cronología, finalidad y desaparición de la *In iure cessio hereditatis*», en *Studi in onore di Eduardo Volterra*, 3 (1971), pp. 237-247; GONZÁLEZ ROLDÁN, Y., «Propuesta sobre la venta de herencia en el Derecho romano clásico», en *Revista de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, 21 (México D. F., 1997), pp. 299 ss.

³²² *Vid.* Gai. 2.34-37; 3.85-87; *Tit. Ulp.* 19.11-15.

³²³ D’ORS, A., *Derecho privado*, cit., p. 325.

³²⁴ TORRENT, A., *Cronología*, cit., p. 237, afirma que la fecha más remota para situar la aparición de la *in iure cessio hereditatis* sería el siglo II a.C.

La única posibilidad de que los bienes que componían la *hereditas* llegasen a manos de los parientes gentiles del *pater familias* dependía, por tanto, de la ausencia de parientes agnados hasta el sexto grado de parentesco. En este sentido parece que debe interpretarse el tenor literal de XII Tab. 5.5.

XII Tab. 5.5: *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

Esta posición tan retrasada de los sucesores gentilicios denotaba que constituían una garantía para la unidad del patrimonio familiar del causante. Ante la extraordinaria eventualidad de que no existieran *sui heredes* ni agnados hasta el sexto grado de parentesco, se acudía a los gentiles como último recurso para preservar unidad de la familia del causante en un ámbito de relativa cercanía familiar.

La inclusión de los parientes gentilicios en el orden de llamamientos *ab intestato* representaba una reminiscencia de la época arcaica más remota, en la que las *gentes* constituían la agrupación social más habitual en Roma. Sin embargo, para los juristas clásicos como Gayo, este último llamamiento a los gentiles resultaba casi anacrónico, pues en su época se trataba de una institución familiar en desuso:

Gai. 3.17: *Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem uocat. Qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus; et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abisse, superuacuum est hoc quoque loco de eadem re iterum curiosius tractare.*

En las fuentes jurídicas no hay constancia de que este orden de llamamiento fuese aplicado en ningún caso³²⁵, aunque un fragmento de Cicerón parece aludir a un supuesto en el que se discute su aplicación³²⁶. Por este motivo, no resulta posible saber si todos los parientes gentiles llamados a la sucesión tenían derecho a suceder de forma conjunta, de acuerdo con la antigua *affectio comunitatis* gentilicia o, por el contrario, existía alguna forma de atribución de la herencia³²⁷.

³²⁵ PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 181.

³²⁶ Cic., *De orat.* 1.39.176: *Quid? Qua de re inter Marcellos et Claudios patricos centumviri iudicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se redisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis et gentilitatis iure dicendum?*

³²⁷ A este respecto resulta indispensable la lectura de TALAMANCA, M., *L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles*, cit., pp. 453 ss., donde plantea que la herencia familiar fuese adquirida por el primero de los parientes gentiles que se apoderase de los bienes hereditarios.

No obstante, el principal rasgo característico de estos llamamientos *ab intestato* radicaba en que mientras que los *sui heredes* estaban destinados a continuar la *familia*, en la sucesión de los agnados o gentiles no pervivía la antigua familia del causante, sino que su patrimonio doméstico se integraba en un grupo familiar previamente constituido. Por ese motivo, parece más adecuado hablar de continuidad familiar en el caso de los *sui heredes*, mientras que se utiliza la expresión sucesión hereditaria cuando los bienes que constituían la *hereditas* pasaban a manos de otros familiares.

Aunque buena parte de la doctrina considera que los parientes agnados y gentiles no se consideraban herederos en época decenviral³²⁸, resulta razonable pensar que como consecuencia de la adquisición de los bienes hereditarios con el tiempo, posiblemente en el largo devenir de la época antigua, tanto los agnados próximos o gentiles, así como cualquier otra persona que adquiriese el patrimonio hereditario terminasen recibiendo la consideración de herederos³²⁹. Ahora bien, dado que en ningún caso podían equipararse a los *sui heredes*, debieron recibir la calificación de herederos extraños o voluntarios que aparece referida en las instituciones de Gayo.

Gai. 2.161: *Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur: itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei videntur; qua de causa et qui a matre heredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. Serui quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.*

³²⁸ Esta postura parece fundamentarse en la distinción que habría existido entre la continuación familiar de los “*sui heredes*” y la utilización de la expresión “*familiam habeto*” en las XII Tablas. Esta diferencia pondría de manifiesto que la condición de herederos estaba reservada para los *sui heredes*, mientras que los agnados y gentiles únicamente tenían derecho a apropiarse del patrimonio familiar en el caso de que el causante no contase con herederos naturales que permitiesen dar continuidad a la familia en el tiempo. Cfr. BONFANTE, P., «L’origine dell’*hereditas* e dei *legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola “*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”», en *BIDR*, 4, pp. 97 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., pp. 537 ss.; ID., *Le genti e la città*, cit., pp. 11 ss.; ID., *Erede e tutore*, cit., p. 286; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., pp. 457 ss.; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., pp. 52 ss.; ID., *L’obligatio dell’erede in Gai. II*, 35-36, cit., pp. 258 ss.; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario*, cit., p. 9; DE MARTINO, F., *Storia*, cit., p. 400; FRANCIOSI, G., *L’heres extraneus e le dodici tavole*, cit., p. 355; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 179; D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 341.

³²⁹ Una posición no compartida por la mayor parte de la doctrina en relación con este punto se presenta en SOLAZZI, S., «*Sui possesso del suus heres*», en *BIDR*, 39 (1931), pp. 79 ss., donde el autor sostiene que un agnado podía llegar a ser considerado heredero si mantenía la posesión del patrimonio hereditario durante un año ininterrumpido, gracias a la institución de la *usucapio pro herede*.

La calificación de los agnados como herederos extraños responde al hecho de que no pertenecieran a la llamada *familia proprio iure dicta*³³⁰. En contraposición a los herederos necesarios, Gayo destaca que la condición de herederos extraños se caracterizaba por su voluntariedad: los parientes agnados debían realizar un acto voluntario y expreso de aceptación³³¹. Sin embargo, parece que una vez que hubieran adquirido la herencia no podían perder la condición de herederos, debido al carácter personal del fenómeno hereditario³³².

En todo caso, en la sucesión hereditaria *ab intestato* se impone la necesidad de distinguir entre la puesta a disposición de la *hereditas* y el momento de la adquisición efectiva de la misma. En consecuencia, durante un período de tiempo la herencia quedaba yacente³³³, es decir, en espera de ser adquirida. La puesta a disposición recibirá más tarde el nombre de delación, mientras que la adquisición efectiva de los bienes podía realizarse a través de la toma de posesión de los bienes y, en época clásica, se subrogará dentro del acto de aceptación de la herencia.

Sin embargo, existen diversos indicios que nos llevan a pensar que es posible que en época decenviral los agnados llamados a suceder al *pater familias* no tuvieran la posibilidad de aceptar o renunciar la sucesión hereditaria³³⁴.

³³⁰ Vid. *supra* capítulo IV apartado 1.1.

³³¹ El requisito de la aceptación por parte de los denominados herederos voluntarios se deduce de varias alusiones en las instituciones de Gayo a la *aditio hereditatis*, vid. Gai. 3.12; 3.22; 3.28. Con respecto a las distintas modalidades de aceptación de la herencia en época antigua, resulta indispensable la lectura de algunas obras de autores tan destacados como FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., pp. 30 ss.; SOLAZZI, S., *I modi di accettazione dell'eredità* (Padua, 1912); BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, cit., pp. 259 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 577 ss.; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 717 ss.; BEDUSCHI, C., “*Hereditatis aditio*”. 1. *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica* (Milán, 1976); TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., pp. 687 ss.; CALZADA GONZÁLEZ, A., *La aceptación de la herencia en el derecho romano. “Aditio nuda voluntate”* (Zaragoza, 1995), pp. 55 ss.; CASTRO, A., «Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho Romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la “aditio”», en *Iura*, 47 (1996), pp. 55 ss.; PARICIO, J., «¿Tres modos de aceptación de la herencia?», en *Labeo*, 45 (1999), pp. 244 ss.

³³² Esta idea queda claramente reflejada en el fragmento de Gayo, *l.s. de cas.*, D. 28.5.89 (88): “*non potest adiectus efficere ut qui semel heres exstitit desinat heres esse*”, del que se derivará la regla “*semel heres, semper heres*” en época medieval. En relación con esta expresión, vid. PERIÑÁN, B., «El Principio “*Semel heres semper heres*” y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano», en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 27 (Valparaíso, 2005), pp. 123 ss.

³³³ Acerca de esta figura jurídica en concreto: CASTRO, A., *La Herencia Yacente en Relación con la Personalidad Jurídica* (Sevilla, 1998), pp. 21 ss.; *Herencia y mundo antiguo*, cit., pp. 178 ss., con abundante bibliografía en nota 656.

³³⁴ BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 734; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 58.

En primer lugar, cabe recordar que la finalidad originaria del sistema sucesorio romano estaba encaminada a garantizar la continuidad de la familia. La consideración de los elementos patrimoniales, personales y espirituales que componían la *familia* tenía tanta trascendencia en la mentalidad del mundo antiguo que la mayor preocupación de los romanos en el momento de su muerte radicaba en que se mantuviera la unidad de la *hereditas* dentro del ámbito del grupo familiar.

Dada la trascendencia de la *hereditas* familiar, aunque la condición de sucesor hereditario se percibía como un derecho potestativo, al mismo tiempo conllevaba una importante responsabilidad para con el *pater familias* fallecido. En estas circunstancias, resulta ciertamente improbable que elementos que constituían el último vestigio de una familia romana pudieran quedar al arbitrio de la voluntad de los sucesores hereditarios. Por el contrario, resulta mucho más acorde a la mentalidad antigua que, en virtud de la *fraternitas* familiar, tuvieran que hacerse cargo de la *hereditas*.

En consonancia con esta misma idea, la redacción de XII Tab. 5.4 y 5.5 utiliza la expresión “*familiam habeto*” para referirse a la forma en que los agnados y gentiles recibían la *hereditas* familiar³³⁵. Se trata de una construcción verbal en términos imperativos: una vez comprobado que el *pater familias* ha fallecido intestado sin *sui heredes*, el agnado más próximo debía recibir la “*familia*”. La transmisión parece que tendría lugar *ipso iure*, sin que se plantease la posibilidad de que los parientes llamados a suceder *ab intestato* pudieran renunciar a ese llamamiento³³⁶.

Por otra parte, suponer que desde la época decenviral los agnados tenían la condición de herederos voluntarios implicaría asumir que en la ley de las XII Tablas se habría recogido algún tipo de acto de aceptación o renuncia. Sin embargo, se desconoce la posible existencia de cualquier acto formal de estas características. Por el contrario, todo parece apuntar a que las primeras modalidades de aceptación de la condición de sucesor hereditario habrían surgido en época postdecenviral³³⁷.

³³⁵ Algunos autores mantienen que el *agnatus proximus* recibía la familia en virtud de un *ius familiae habendae* que ya existía en época decenviral. Vid. PASTORI, F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto* (Milán, 1992), p. 794; OLIVIERO, G., *A proposito di successio ordinum*, cit., p. 626.

³³⁶ VOGLI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 58, observa un paralelismo entre la aceptación de la herencia por parte del agnado próximo y la aceptación automática del legado *per vindicationem*.

³³⁷ En contra de esta opinión se pronuncia CASTRO, A., *Herencia y mundo antiguo*, cit., p. 178, quien considera que en época antigua ya existían tanto la *cretio*, como la llamada *pro herede gestio*, que contemplaba cualquier acto por parte del heredero con la intención de suceder.

En apoyo de nuestra interpretación también cabe destacar la identidad existente entre la sucesión *ab intestato* y la designación de la tutela legítima³³⁸. El agnado próximo no sólo ostentaba la condición de sucesor hereditario *ab intestato* en la ley decenviral, sino que también era la persona llamada a ocupar la tutela legítima³³⁹. El paralelismo entre ambas situaciones es evidente, pues en ambos casos se adquiere un derecho de carácter irrenunciable debido a su componente familiar, pero que se puede transmitir a través del mecanismo jurídico de la *in iure cessio*³⁴⁰.

Todos estos argumentos nos llevan a pensar que originariamente la sucesión en favor de los parientes agnados y gentiles debió tener carácter automático. De esta forma, se garantizaba la continuidad familiar incluso en todos aquellos supuestos en los que el *pater familias* careciese de herederos naturales y no hubiera tomado la precaución de procurarse un *suus heres* a través de la vía testamentaria. Precisamente sobre la base de esta ordenación sucesoria se habría articulado el primer régimen tutelar: dado que el objetivo consistía en salvaguardar los bienes del patrimonio familiar que se encontraban en manos de un heredero incapaz, la primera designación tutelar debió recaer sobre sus parientes agnados más cercanos y, en su defecto, sobre los gentiles.

³³⁸ Vid. *supra* capítulo V apartado 2.1.

³³⁹ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.4.5: *Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*.

³⁴⁰ VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 58.

4.4. HACIA UN TESTAMENTO MODERNO

Una vez analizado el régimen sucesorio recogido en la ley de las XII Tablas cabe preguntarse en qué momento surgió un acto unilateral, de carácter personalísimo, constituido *mortis causa* con la finalidad de que un sujeto pudiera disponer el destino de su *hereditas* para después de su muerte³⁴¹. Se trataba de una noción de testamento que supera por completo la limitada funcionalidad de las formas testamentarias primitivas y transforma por completo la ordenación del fenómeno sucesorio.

Como hemos expuesto anteriormente, diversas fuentes provenientes de época clásica coinciden en afirmar que antiguamente habrían existido tres formas distintas de testamento³⁴². Con respecto a su fecha de aparición, todo apunta a que el más antiguo se denominaba testamento *calatis comitiis*, que posteriormente se habría utilizado como referencia para desarrollar el testamento *in procinctu*. Sin embargo, en contraposición a la antigüedad de estos *genera* testamentarios, las fuentes destacan una tercera forma testamentaria más reciente, que recibe la denominación de testamento *per aes et libram* y que era la única que se conservaba en época clásica³⁴³.

De acuerdo con el testimonio de Gayo la aparición de este nuevo testamento parece responder a la necesidad de que el *pater familias* que se encontraba en situación de inminente peligro y no hubiera tomado la precaución de realizar ningún testamento, pudiera decidir el destino de sus bienes patrimoniales. Con esa finalidad acudía a algún amigo para que se ocupase de llevar a cabo la repartición de los bienes que componían su patrimonio en el momento de su fallecimiento.

Gai. 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

³⁴¹ Esta es la definición que ofrece el manual del profesor MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 609 sobre la naturaleza del testamento en época clásica.

³⁴² A este respecto, nos remitimos al capítulo V apartado 4.2, donde hemos analizado tanto el origen como la funcionalidad de las primeras formas testamentarias romanas sobre la base de los testimonios aportados por Gai. 2.101-102; Gell., *Noct. Att.* 15.27.3; *Tit. Ulp.* 20.2.

³⁴³ Gai. 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est.*

Por tanto, se trataba de un mecanismo jurídico elaborado con el fin de superar las limitaciones de las primitivas formas testamentarias, que solo podían realizarse en dos fechas concretas cada año o en tiempos de guerra. Ante estas circunstancias, Gayo plantea que el testamento *per aes et libram* se habría elaborado pensando en ciudadanos romanos que en tiempos de paz se hubieran visto amenazados por un peligro de muerte y no hubieran dispuesto testamentariamente con anterioridad.

Ahora bien, este fragmento resulta especialmente interesante por la insistencia con que Gayo destaca que la nueva forma testamentaria se realizaba bajo la forma de una venta mancipatoria tradicional. De hecho, el jurista afirma que la denominación de testamento *per aes et libram* (por el bronce y la balanza), proviene del hecho de que se verificaba a través de una *mancipatio*. Esta modalidad del negocio mancipatorio realizado con la finalidad de que un ciudadano romano pudiera disponer de sus bienes *mortis causa* recibía el nombre de *mancipatio familiae*³⁴⁴.

No obstante, aunque la exposición gayana presenta una consideración unitaria entre el testamento *per aes et libram* y la *mancipatio familiae*³⁴⁵, también se aprecia un notable esfuerzo por distinguir sus configuraciones estructurales.

Gai. 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

³⁴⁴ Como acertadamente destaca TERRANOVA, F., «Sulla natura ‘testamentaria’ della cosiddetta *mancipatio familiae*», en *AUPA*, 53 (2009), pp. 304 ss., las únicas referencias expresas a la expresión “*mancipatio familiae*” en relación con las formas testamentarias arcaicas aparecen en varios fragmentos del *Epitome Ulpiani* (Tit. Ulp. 20.3; 20.9; 28.6). Ahora bien, aunque Gayo no menciona expresamente la *mancipatio familiae*, en el segundo libro de sus instituciones aparecen recogidas constantes alusiones al negocio mancipatorio en relación con la evolución de la institución testamentaria, *vid.* Gai. 2.102; 2.103; 2.104; 2.105; 2.109; 2.115; 2.116; 2.119; 2.121 e 2.149a.

³⁴⁵ Con respecto a la relación entre estas dos figuras jurídicas en la obra de Gayo, TALAMANCA, M., «Lo schema “genus-species” nelle sistematiche dei giuristi romani», en *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. II (Roma, 1977), p. 267 nt. 734, afirma que “nella impostazione di Gaio v’è solo una modificazione intrinseca, non un cambio di classe, fra la *mancipatio familiae* in senso stretto ed il testamento civile classico”.

La distinción se manifiesta desde el primer momento, cuando el jurista afirma que “*sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat*”. Mientras que antiguamente (*olim*) el *emptor familiae* era considerado heredero y debía encargarse de repartir los bienes del causante conforme a sus últimas disposiciones, en los tiempos de Gayo (*nunc*) existía una clara diferenciación entre el *emptor familiae* y la persona instituida como heredera en el testamento, encargada de distribuir los bienes del causante.

Como broche final del fragmento se termina señalando que el mantenimiento de la figura del *emptor familiae* se conservó como una mera formalidad con la finalidad de respetar la tradición de la antigua institución. De esta forma, parece que Gayo pretende dar a entender que el testamento *per aes et libram* habría surgido como resultado de la evolución jurídica de la antigua *mancipatio familiae*³⁴⁶. Si bien se habría respetado la formalidad de este antiquísimo negocio jurídico, su contenido se habría ampliado hasta convertirse en una verdadera forma testamentaria.

³⁴⁶ La mayor parte de la doctrina considera que a pesar de que el testamento *per aes et libram* hunde sus raíces en la *mancipatio familiae*, esta no puede considerarse una verdadera forma testamentaria; entre las contribuciones más relevantes destacan FADDA, C., «Dell'origine dei legati», en *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna* (Roma, 1888), pp. 193 ss.; KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., pp. 853 ss.; SCIALOJA, V., *Diritto ereditario*, cit., pp. 310 ss.; BONFANTE, P., «Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (“*Res Mancipi*” e “*res nec Mancipi*”))», en *Scritti giuridici varii*, vol. II. Proprietà e servitù (Turín, 1918), pp. 144 ss.; COLI, U., *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, p. 41 nt. 63; LÉVY-BRUHL, H., *Heres*, cit., pp. 169 ss.; ID., «Nature de la *mancipatio familiae*», en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), pp. 253 ss.; SIBER, H., *Römisches Recht*, cit., p. 340; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., pp. 247 ss.; BIONDI, B., *Obbietto dell'antica hereditas*, cit., pp. 174 s.; ARANGIO-RUIZ, V., «Intorno alla forma scritta del “*testamentum per aes et libram*”», en *Atti cong. int. Verona, 27-29 sept., 1948*, III (Milán, 1953), pp. 79 ss. (= *Scritti di diritto romano*, vol. IV (Nápoles, 1977), p. 186; GROSSO, G., *I legati nel diritto romano* (Turín, 1962), pp. 14 ss.; SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., pp. 260 ss.; TORRENT, A., *Venditio hereditatis*, cit., pp. 75 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 88 ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 185 ss.; D'ORTA, M., *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., p. 69. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 638; BLANCH NOUGUES, J. M., «*Nuncupare heredem*», en *RIDA*, 47 (2000), pp. 128 ss.; MONACO, L., *Hereditas e mulieres*, cit., pp. 171 ss.; SIMEÓN, M. P., *Nemo pro parte testatus*, cit., p. 33 nt. 50; VENTURINI, C., «Ereditare ed ereditande. Appunti a margine di una recente ricerca», en *BIDR*, 100 (2003), pp. 657 ss.; ARCES, P., *Riflessioni sulla norma «uti legassit»*, cit., pp. 25 ss.; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., pp. 610-611; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 356; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, cit., pp. 426 ss.

En contraposición a esta postura dominante, mantienen que la *mancipatio familiae* denota cierta esencia testamentaria autores como MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, cit., p. 93; EHRLICH, E., «Die Anfänge des *testamentum per aes et libram*», en *ZVRW*, 17 (1905), pp. 99 ss.; LENEL, O., *Zur Geschichte der heredis institutio*, cit., pp. 126 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., pp. 473 ss.; WLASSAK, M., *Studien zum altrömisches*, cit., pp. 3 ss.; ALBANESE, B., *La successione ereditaria*, cit., pp. 418 ss.; VON LÜBTOW, U., *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, cit., pp. 434 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., pp. 717 ss.; TERRANOVA, F., *Sulla natura testamentaria*, cit., pp. 301 ss.

En ambos casos se habría mantenido, sin embargo, el ritual que originariamente se realizaba en todos los negocios mancipatorios. Se empleaba la forma externa del negocio mancipatorio tradicional, es decir, que se requería de la presencia de cinco testigos y un portador de la balanza o *libripens*, para que el *pater familias* mancipante pudiera transmitir la *familia pecuniaque* al denominado *emptor familiae* a través de la recitación por ambas partes de una fórmula solemne:

Gai. 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*

De esta forma, el causante podía realizar una transmisión *inter vivos* a un tercero de confianza, que, como *familiae emptor*, tenía la obligación de distribuir los bienes recibidos entre las personas designadas expresamente por el causante. Esta obligación implicaba que la *mancipatio familiae* no presentaba consecuencias jurídicas inmediatas, pues las palabras pronunciadas por el *emptor familiae* en el momento de aceptar este encargo hacían referencia a una situación de custodia sobre la *familia pecuniaque* del sujeto mancipante³⁴⁷. Se trataría, por tanto, de un negocio jurídico realizado *inter vivos*, pero que tenía eficacia jurídica *mortis causa*.

³⁴⁷ En este sentido se manifiestan TORRENT, A., *Venditio hereditatis*, cit., pp. 55 ss.; BIONDI, B., *Successione testamentaria*, cit., pp. 39 ss.; AMELOTI, M., «Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti», en *Estudios de Derecho Romano en honor de A. d'Ors*, vol. I (Navarra, 1987), pp. 151 ss.; VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 89 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2005), p. 51.

De esta forma, el *familiae emptor* se encargaba de la tenencia de esos bienes, procediendo a repartir el patrimonio de conformidad con la voluntad del mancipante cuando éste finalmente fallecía³⁴⁸. Con respecto al objeto transmitido en los negocios mancipatorios, todo apunta a que originariamente el *de cuius* solo habría podido realizar disposiciones que afectasen a sus propios bienes personales, aunque posteriormente la jurisprudencia habría extendido su contenido a todo el patrimonio familiar.

Esta suposición se asienta sobre la creencia de que desde la época arcaica ya se contemplaba la posibilidad de que los ciudadanos romanos pudieran disponer sobre el destino de sus bienes personales para después de su muerte. Esta facultad se habría reflejado en la redacción original de XII Tab. 5.3, que como indicamos anteriormente se enunciaría en los siguientes términos: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*³⁴⁹. De esta forma, se otorgaba una amplísima libertad dispositiva para que el *pater familias* pudiera disponer de aquellos bienes que no formaban parte de la *familia*.

Por el contrario, con respecto a los bienes que constituían el patrimonio familiar existían notables limitaciones a la hora de realizar la transmisión hereditaria. Dado que aseguraban la continuidad del grupo familiar en el tiempo, no se contemplaba que no recayesen en manos de los familiares más cercanos al causante, independientemente de la voluntad del causante. Sus facultades de intervención respecto del caudal familiar se limitaban a la posibilidad de instituir un *suus heres* a través de las formas testamentarias primitivas en caso de que careciese de *sui heredes*.

Con el objetivo de salvar esas importantes limitaciones, es posible que desde tiempos remotos la jurisprudencia pontifical asociase la amplísima facultad dispositiva del *pater familias* respecto a sus bienes privativos con las declaraciones nuncupatorias que podían realizarse en un negocio mancipatorio. En este sentido, la utilización de la *nuncupatio* como declaración solemne para producir efectos jurídicos aparece recogida en XII Tab. 6.1 en los siguientes términos: “*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”³⁵⁰.

³⁴⁸ CORBINO, A., «Osservazioni in tema di *res Mancipi* e di stabilizzazione del regime della *mancipatio*», en *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. II (Milán, 1988), p. 536 nt. 22 afirma que la *mancipatio familiae* condicionaba su eficacia jurídica a la muerte del sujeto mancipante.

³⁴⁹ Vid. *supra* Gai. 2.224 y Pomponio, 5 ad Q. Mucium, D. 50.16.120.

³⁵⁰ Fest., de verb. signif., L. 176.3: *nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata (lex XII tab. 6.1): Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*.

A través de estas dos disposiciones, la ley de las XII Tablas reconocía que en época decenviral existía la facultad de disponer del patrimonio familiar a través de los antiguos negocios mancipatorios. Ahora bien, cabe pensar que se trataba de una práctica adoptada con anterioridad, que simplemente pretendía ofrecer una herramienta jurídica a aquellos ciudadanos romanos que en época arcaica se encontraban amenazados por un peligro inminente y no habían realizado ninguna clase de testamento³⁵¹.

Desde este punto de vista, resulta razonable pensar que la *mancipatio familiae* hubiera surgido como consecuencia de la práctica cotidiana³⁵² y solo con posterioridad hubiera terminado consolidándose como un verdadero instrumento jurídico merced a la labor de la jurisprudencia pontifical. La expansión comercial que vive Roma desde el siglo V a.C. no solo habría generalizado las transmisiones patrimoniales *inter vivos*³⁵³, sino que también habría generado un creciente interés por el contenido patrimonial de la sucesión hereditaria, en perjuicio del resto de elementos extrapatrimoniales.

En este contexto, la elaboración de un recurso como la *mancipatio familiae* debe interpretarse como una innovación revolucionaria, que vino a transformar por completo la ordenación sucesoria preexistente³⁵⁴. Mientras que la rigidez formal de los antiguos instrumentos testamentarios se correspondía con una sociedad primitiva fundamentada sobre todo un conjunto de ritos religiosos y tradiciones de carácter familiar, el nuevo sistema económico se sustentaba en un incipiente desarrollo de la actividad comercial que requería recursos jurídicos más dinámicos³⁵⁵. En respuesta a esa demanda de mayor libertad dispositiva y, sobre todo, de paulatina restricción de las limitaciones formales se desarrolla la noción de la *mancipatio familiae* en época postdecenviral.

³⁵¹ La mayor parte de la doctrina romanística parece inclinarse en favor de que la *mancipatio familiae* habría surgido con anterioridad a la publicación de la ley de las XII Tablas. Un recorrido a través de las principales posiciones doctrinales respecto a esta cuestión puede encontrarse en VON LÜBTOW, U., *Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, cit., pp. 434 ss., con una amplia reseña bibliográfica en las notas 3 y 4 de la página 435. Entre las aportaciones más relevantes en favor del origen predecenviral de la *mancipatio familiae* cabe destacar a ALBANESE, B., *Cum nexum faciet mancipiumque*, cit., pp. 50 ss.

³⁵² Se muestran partidarios de esta posibilidad, COLI, U., *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano* (Roma, 1920), pp. 67 ss.; LEVY-BRUHL, H., *Nature*, cit., pp. 261 ss.; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit., pp. 46 ss.; BIONDI, B., *Successione testamentaria*, cit., p. 36.

³⁵³ CASTRO, A., *Herencia y mundo antiguo*, cit., p. 88.

³⁵⁴ CURSI, M. F., «La *mancipatio familiae*: una forma di testamento?», en *Homenaje al profesor Armando Torrent* (Madrid, 2016), pp. 194 ss.

³⁵⁵ TERRANOVA, F., *Sulla natura testamentaria*, cit., pp. 303-304, nt. 3, plantea que desde un primer momento la *mancipatio familiae* hubiera sido una artimaña ideada con el fin de facilitar la disposición del patrimonio familiar en la práctica jurídica.

Aunque Gayo presenta la *mancipatio familiae* como una tercera forma de testamento, equiparable a las primitivas formas testamentarias, en realidad no parece que pueda ser considerado un testamento en sentido estricto. A diferencia de la noción clásica de testamento, la *mancipatio familiae* consistía en un acto *inter vivos*, bilateral y carecía de la posibilidad de instituir heredero. De esta manera, se encuadra dentro del conjunto de instrumentos jurídicos que posibilitaban al *pater familias* disponer de su patrimonio con eficacia *mortis causa*³⁵⁶, pero en ningún caso parece que se tratase de un testamento especial para situaciones extraordinarias de peligro³⁵⁷.

Su naturaleza se aproxima más a los negocios fiduciarios³⁵⁸, en cuanto que el *familiae emptor* no recibía los bienes familiares como propietario, sino con el objetivo de disponer de esos bienes de acuerdo con la voluntad del *mancipio dans* para después de su fallecimiento. En realidad, todo apunta a que se trataría de una construcción que permitía adaptar el derecho sucesorio a las necesidades de un mundo cambiante, cada vez más interesado en las transacciones comerciales y totalmente decidido a abandonar los enrevesados rituales y las estrictas imposiciones tradicionales que ordenaban la sociedad durante el período arcaico.

Por otra parte, no se puede olvidar que el objeto de la *mancipatio familiae* presentaba un carácter estrictamente patrimonial, pues de hecho recibía la calificación de *familia pecuniaque*³⁵⁹, lo que implicaba que no englobaría algunos elementos extrapatrimoniales que antiguamente también formaban parte de la antigua noción de *familia* como los *sacra familiaria*, el *ius sepulchri* o el derecho de patronato. Se trataba de elementos que no se podían transferir por medio de una mancipación y cuya salida del círculo familiar se habría tratado de evitar a toda costa.

³⁵⁶ ARCES, P., *Sulla natura fedecommissaria*, cit., pp. 18 ss.; *Riflessioni*, cit., p. 25.

³⁵⁷ CASTÁN, S., «El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código civil», en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa* (Madrid, 2015), p. 929, afirma que no es posible que la jurisprudencia pontifical hubiera diseñado un testamento de naturaleza extraordinaria tomando como referencia otros negocios jurídicos distintos a las formas testamentarias primitivas. De hecho, el autor destaca que el primer testamento de carácter extraordinario, dejando a un lado el testamento militar de finales del período republicano, es el testamento *tempore pestis*, que surge en el año 290 d.C.

³⁵⁸ En contra de esta posición, mayoritaria en la doctrina, se manifiesta FUENTESECA DEGENEFFE, M., «La *mancipatio familiae* o el *negotium testamenti ordinandi gratia*», en *SCDR*, 29 (2016), pp. 117 ss., donde afirma que la *mancipatio familiae* “se trataba de un negocio jurídico abstracto en el que el requisito esencial era la realización de la forma solemne, el *negotium gestum per aes et libram*, cuya causa o finalidad era determinada por las partes en el momento de su celebración”.

³⁵⁹ *Vid. supra* capítulo V apartado 1.3.

A consecuencia de ello, la sucesión adopta un carácter dual: mientras que la *mancipatio familiae* posibilitaba una gran libertad a la hora de disponer de los bienes patrimoniales, seguían rigiendo las limitaciones tradicionales para aquellos elementos extrapatrimoniales de la *familia*. A este respecto, cabe destacar que existían una serie de elementos jurídicos como la tutela, las sustituciones pupilares o las manumisiones que presentaban elementos tanto de carácter personal como patrimonial³⁶⁰.

No obstante, esta limitación podía salvarse con cierta facilidad en el supuesto de la institución tutelar, pues de acuerdo con la exposición gayana, el *familiae emptor* era un amigo de confianza del mancipante. Dado que la relación era tan cercana como para confiarle el patrimonio familiar, nada impide pensar que ese *familiae emptor* siguiera administrando esos bienes si tras la muerte del causante ninguno de los destinatarios de esos bienes se encontraba en condiciones de recibirlo. Nos encontraríamos, por tanto, ante la génesis de la que posteriormente será denominada tutela testamentaria. Ahora bien, la consolidación de esta figura jurídica no se habría producido hasta que no se reconociera una verdadera designación testamentaria de tutor dentro de una disposición separada del testamento *per aes et libram*.

Aunque no se dispone de fuentes que permitan precisar en qué momento surgió el testamento *per aes et libram*³⁶¹, parece que su aparición es fruto de la evolución que sufre la *mancipatio familiae* en época postdecenviral. En este sentido, cabe pensar que una interpretación jurisprudencial del “*uti legassit suae rei*” contenido en XII Tab. 5.3, habría posibilitado que la *mancipatio familiae* terminase absorbiendo otros elementos que no presentaban naturaleza patrimonial, entre los que se contaba la tutela.

De esta forma, gracias a la extensión del contenido de la *nuncupatio* que realiza la jurisprudencia postdecenviral, se habría comenzado a desarrollar una institución jurídica que ya no sólo contemplaba una transmisión de los bienes patrimoniales del mancipante, sino también otras disposiciones *mortis causa*. La fusión de la *mancipatio* tradicional con esa concepción amplificada de la *nuncupatio* abrió un campo de infinitas posibilidades para el desarrollo del negocio testamentario que los juristas republicanos supieron aprovechar para elaborar una nueva noción de testamento.

³⁶⁰ VOCI, P, *Diritto ereditario*, cit., p. 94, afirma que “la tutela ha in sé elementi non solo patrimoniali, ma pure personali, in quanto importa una potestà del tutore sul pupillo. Per ciò stesso, non entrerebbe a rigore nell’ambito della *mancipatio*, ch’è atto di disposizione patrimoniale”.

³⁶¹ Sobre las diferentes hipótesis sobre esta datación, *vid.* D’ORTA, M., *Saggio*, cit., p. 3 nt. 2.

Aunque este nuevo negocio jurídico mantiene muchos rasgos formales de la antigua *mancipatio familiae* como la constitución por vía oral o la presencia de ambas partes, el *libripens* y cinco testigos, sin embargo, presenta una diferencia fundamental en cuanto que en cuanto a que el objetivo del negocio jurídico se enfoca principalmente a la consecución de un heredero. La *heredis institutio* se convierte en el fundamento del testamento *per aes et libram*³⁶², de tal forma que el resto de disposiciones testamentarias dependerán de la adquisición de la herencia por parte del heredero.

Esto explica que el destinatario de la mancipación ya no participase en el negocio mancipatorio. La presencia del *familiae emptor* adquiere un valor meramente simbólico, pues es necesario para concluir el negocio mancipatorio, pero sus funciones aparecen totalmente eclipsadas por el protagonismo del heredero. La intervención del *familiae emptor* se limita ahora a la recitación de una fórmula solemne³⁶³ en virtud de la cual declara adquirir el patrimonio del testador, con el objetivo de posibilitar que realmente pueda llevarse a cabo la constitución del testamento *per aes et libram*.

Sin embargo, en contraposición a la imperiosa necesidad de instituir heredero, el testamento *per aes et libram* tiene la enorme ventaja de presentar un contenido muy variado en todas sus disposiciones. Gracias a la amplia interpretación jurisprudencial, el testador puede establecer disposiciones a título particular sobre bienes patrimoniales, el nombramiento de un tutor para los impúberes sometidos a su patria potestad, constituir sustituciones hereditarias o establecer manumisiones de esclavos.

³⁶² Gai. 2.229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamentum uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

³⁶³ SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., p. 215, explica que las palabras solemnes “...itaque vos Quirites tetsimonium mihi perhibetote”, utilizadas por el *familiae emptor* en el acto jurídico, encajan con la formulación que debía utilizarse para constituir el antiguo testamento *calatis comitiis*.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

Con fundamento en lo señalado en el capítulo anterior, sabemos que los antiguos grupos familiares romanos se articulaban de forma jerárquica en torno a la figura del *pater familias*. Debido a su condición de director de la comunidad familiar, asumía la función de coordinar a los distintos componentes patrimoniales y personales que se encontraban sometidos a su *dominium* con el fin de garantizar la supervivencia y la mayor prosperidad posible del grupo familiar en su conjunto.

Con esa misma finalidad, a la muerte del *pater familias* se habrían establecido diversos mecanismos de protección de la noción de continuidad familiar entre los que destaca la institución tutelar. Tenemos constancia, por tanto, de que se remontaba a tiempos remotos y pretendía evitar el riesgo de dispersión del patrimonio familiar que se encontraba en poder de personas que eran consideradas incapaces en su momento, como sucedía con las mujeres o los impúberes. Cabe preguntarse cómo se habría articulado originariamente el orden de llamamientos a la tutela.

Con el objetivo de ofrecer una respuesta a esta cuestión, este segundo capítulo comienza destacando los evidentes puntos de conexión que el régimen jurídico de la institución tutelar mantiene con la originaria regulación del fenómeno sucesorio. En ambos casos se trata de ordenaciones jurídicas implementadas como consecuencia del fallecimiento del *pater familias* y que tenían como finalidad el establecimiento de un orden de llamamientos para determinar a las personas que, en última instancia, debían hacerse cargo de salvaguardar una serie de elementos domésticos que representaban la continuidad del grupo familiar en el tiempo.

Sobre la base de esos evidentes paralelismos, tradicionalmente se ha considerado que desde el primer momento habría existido una identificación entre la condición de heredero y la designación como tutor. Sobre la base de ese punto de partida, nos hemos ocupado de analizar el sentido original de la “*hereditas*” romana para poder interpretar adecuadamente todas las implicaciones que conllevaba la designación como *heres* y cuál habría sido su relación con la institución tutelar en época arcaica.

En este sentido, hemos señalado que posiblemente el origen del término *heres* se remontase a la repartición de lotes de dos yugadas de terreno, denominados *heredium*, entre los grupos familiares romanos en tiempos del rey Rómulo. Aunque la titularidad de los mismos correspondería al *pater familias*, se consideraban bienes comunitarios y, en consecuencia, constituían una parte esencial del patrimonio familiar que recaía en manos de los herederos cuando se producía el fallecimiento del cabeza de familia. Cualquier persona libre que tuviera derecho a hacerse cargo de una parte del *heredium* familiar ostentaría entonces la condición de *heres*.

A partir de esa primitiva concepción del *heres*, la jurisprudencia republicana habría elaborado la concepción de la *hereditas* para designar al fenómeno en virtud del cual se transmitía el patrimonio doméstico a los herederos del causante. Se trataba de un fenómeno jurídico que se desenvolvía en un ámbito estrictamente familiar, implicaba a todo un conjunto de elementos tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial y presentaba una concepción marcadamente universalista. Por tanto, la articulación del sistema hereditario se habría enfocado a la localización de una serie de personas, que debían mantener ciertos vínculos de parentesco con el causante, a las que transmitir ese complejo de relaciones familiares, que abarcaba tanto bienes estrictamente materiales como otros elementos de naturaleza extrapatrimonial.

En relación con el objeto de la *hereditas* hemos llegado a la conclusión de que durante la época decenviral se habría empleado exclusivamente el término *familia* para referirse al objeto de la *hereditas* en sentido estricto. Por el contrario, el término *pecunia* se habría utilizado originariamente para designar al ganado y, solo como consecuencia de su extensión al ámbito de las relaciones comerciales, finalmente habría alcanzado un significado equivalente al de patrimonio doméstico en su conjunto.

Por último, cabe destacar que a pesar de que algunas fuentes jurídicas emplean la expresión *familia pecuniaque*, no parece que esta terminología se corresponda con el lenguaje utilizado en época decenviral. Desde nuestro punto de vista, se trataría de una expresión surgida a finales de la época antigua para hacer referencia, de forma general, al objeto patrimonial del negocio mancipatorio con fines sucesorios. De esta manera, estas tres locuciones finalmente se habrían utilizado de forma similar para designar al mismo objeto, esto es, al patrimonio familiar.

Además de los bienes patrimoniales que componían el objeto de la *hereditas*, en época arcaica también se contemplaban otros elementos de carácter incorporal que se transmitían en paralelo con la sucesión hereditaria. Se trataba de relaciones transmisibles, pero que, sin embargo, no presentaban una naturaleza propiamente patrimonial, como podían ser el derecho de patronato u otros elementos familiares de naturaleza religiosa como los denominados *sacra privata* o el *ius sepulchri*.

Desde nuestro punto de vista, la transmisión de esos elementos extrapatrimoniales podía extrapolarse a la ordenación del orden de llamamientos al cargo de tutor, pues aunque se trataba de una vertiente diferenciada de la sucesión hereditaria, se articulaba en base a los mismos condicionantes hereditarios. En consecuencia, desde muy pronto se observa una evidente identificación entre aquellos que eran designados como tutores y las personas que ostentaban la condición de herederos.

Con el objetivo de conocer cómo se articulaban estos llamamientos sucesorios, nos hemos visto obligados a remontar nuestro estudio hasta la regulación del fenómeno sucesorio contemplada en la ley de las XII Tablas. Aunque el contenido original de sus disposiciones solo se conoce de forma fragmentaria y, en su mayor parte, procede de testimonios de obras clásicas, nuestro análisis se ha centrado en determinar el posible tenor literal los fragmentos relativos al ámbito sucesorio.

La primera de las disposiciones decenvirales analizadas ha sido aquella relativa al “*uti legassit*”, convencionalmente contemplada en XII Tab. 5.3., de la que se conocen tres principales versiones diferentes³⁶⁴. Todas ellas comparten, no obstante, una misma estructura expositiva: comienzan reconociendo una amplísima capacidad dispositiva del causante mediante el enunciado “*uti legassit*” y acaban afirmando la eficacia vinculante de todo lo dispuesto con el uso de la expresión “*ita ius esto*”.

Sin embargo, todas estas formulaciones presentan también algunas diferencias en relación no solo con el sujeto que ostenta la capacidad dispositiva, sino también con respecto al objeto sobre el que recaen esas disposiciones. Aunque aparentemente podría tratarse de matizaciones de carácter lingüístico, un análisis más pormenorizado muestra que a la postre estas diferencias resultan decisivas para decantarse en favor o en contra de cada una de estas tres redacciones de XII Tab. 5.3.

³⁶⁴ Vid. *supra* capítulo V apartado 2.2.

En el caso de la redacción más antigua, recogida en obras de carácter retórico³⁶⁵, la terminología empleada se ha demostrado incompatible con el lenguaje que caracteriza a las disposiciones decenvirales. A este respecto, deben destacarse tanto la innecesaria mención de la figura del *pater familias* como la anacrónica utilización de la expresión *familia pecuniaque*. Ambas expresiones responden a alteraciones de épocas posteriores, que posiblemente tenían como fin aclarar el sentido de esta disposición decenviral ante una audiencia que posiblemente carecía de formación jurídica.

Posterior en el tiempo, tenemos noticia de otra versión puramente jurídica³⁶⁶. Pese a que en este caso su redacción parece ajustarse al lenguaje de época decenviral, sin embargo, todavía hemos expuesto nuestras sospechas sobre su genuinidad debido a la inclusión del inciso “*super pecunia tutela(e)ve*”. Lejos de tratarse de una referencia a la institución tutelar, consideramos que se trataría de una modificación del texto original encaminada a precisar el objeto del *uti legassit*.

En contraposición a estas construcciones más elaboradas de XII Tab. 5.3, desde nuestro punto de vista resulta más verosímil la sencillez de la formulación conservada en la obra de Gayo y Pomponio: “*uti legassit suae rei, ita ius esto*”³⁶⁷. En favor de esta versión no solo cabe aducir que parece remontarse a la obra de Quinto Mucio, sino que además se encuadra en títulos dedicados a explicar las progresivas limitaciones que se fueron imponiendo a la originaria “*latissima potestas*” del causante y, por último, utilizan una terminología acorde a la sencillez de la época decenviral.

En relación con esta última cuestión, cabe destacar que la disposición utiliza la expresión “*suae rei*” para hacer referencia a los bienes de los que podía disponer un *pater familias* para después de su muerte. Con esta expresión parece que se pretendía aludir a un conjunto de bienes que no componían el conjunto patrimonial vinculado a la comunidad doméstica, pues de otra manera se hubiera empleado el término *familia* como sucede en XII Tab. 5.4 y 5.5. Por ese motivo, hemos llegado a la conclusión de que los antiguos romanos habrían utilizado una expresión tan genérica como “*suae rei*” para hacer referencia a todos los bienes patrimoniales que pertenecían al *pater familias* desde un punto de vista puramente privativo.

³⁶⁵ Vid. *supra* Cic., *De inv.* 2.50.148; *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23.

³⁶⁶ Vid. *supra* Tit. Ulp. 11.14 y Paulo, 59 *ad Ed.*, D. 50.16.53.

³⁶⁷ Vid. *supra* Gai. 224 y Pomponio, 5 *ad Quintum Mucium*, D. 50.16.120.

En atención a nuestro análisis, puede concluirse que la redacción original de la disposición sobre el “*uti legasit*” reconocería una amplísima libertad dispositiva para que el *pater familias* dispusiera de sus bienes a su muerte, pero que al estar expresada en términos tan concisos, con el tiempo se habría generado cierto desconcierto en torno al alcance de la expresión *suae rei*. Solo así se explica que las otras versiones de esta disposición decenviral hubieran sufrido alteraciones con el fin de incorporar elementos aclarativos que actualizasen el significado de la norma.

Una vez determinada cuál habría sido la formulación originaria de la primera de las disposiciones decenvirales que regulaban el fenómeno sucesorio, nuestra atención se ha centrado en los dos fragmentos XII Tab. 5.4 y 5.5. En esta ocasión las fuentes dan noticia de dos versiones alternativas, una recogida nuevamente en obras de naturaleza retórica³⁶⁸ y otra, más tardía, de carácter puramente jurídico³⁶⁹.

Al igual que sucedía con la disposición anterior, estas dos versiones presentan una estructura de fondo parecida: comienzan con la proposición “*si intestato moritur*”, prosiguen haciendo referencia al objeto de la sucesión *ab intestato* y finalizan con una alusión directa a los destinatarios de la misma. No obstante, los textos contienen varias diferencias de cierta relevancia, pues no coinciden al precisar el objeto transmitido, ni tampoco en relación con los posibles destinatarios del mismo.

Con respecto a la denominada versión retórica hemos detectado, en consonancia con lo que sucedía con la versión retórica de XII Tab. 5.3, tanto una alusión expresa al *pater familias* completamente innecesaria, como el empleo de expresiones anacrónicas como “*familia pecuniaque*” o “*agnatum gentiliumque*”, que no se corresponden con el lenguaje de época decenviral. Con arreglo a la versión jurídica, si bien no se contemplan estos mismos problemas de índole terminológica y su contenido concordaría con el orden sucesorio establecido al menos desde la época clásica, no deja de llamar la atención la inclusión del inciso “*cui suus heres nec escit*”.

El origen de nuestro escepticismo con respecto a esta expresión se fundamenta en el hecho de que no apareciese recogida en la versión retórica. No hay motivos que justifiquen una omisión que alteraba por completo el orden sucesorio. A pesar de que esta distorsión admite diversas interpretaciones, nosotros consideramos más probable

³⁶⁸ Vid. *supra* *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23; Cic., *De inv.* 2.50.148.

³⁶⁹ Vid. *supra* Tit. Ulp. 26.1; *Collatio* 16.4.1.

que la disposición decenviral no contuviera ninguna alusión expresa a los *sui heredes*, pues tradicionalmente se consideraba que eran los continuadores naturales de la familia y, en consecuencia, la ordenación sucesoria presuponía su prevalencia.

Esta constatación nos lleva a pensar que la redacción original de XII Tab. 5.4 y 5.5 no se habría conservado, pues tanto la denominada versión retórica como la jurídica mostraban formulaciones modificadas con posterioridad. En realidad, el tenor original de ambas disposiciones debía expresarse, de acuerdo con la sencillez de las XII Tablas, en los siguientes términos: “*Si intestato moritur, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto*”.

La interpretación de las tres disposiciones decenvirales que hemos analizado ha constituido el punto de partida de un larguísimo debate en el seno de la doctrina acerca del orden de llamamientos a la sucesión hereditaria. Aunque a primera vista la expresión “*si intestato moritur*” que encabezaba XII Tab. 5.4 induce a pensar en la subordinación de la delación legítima con respecto a las designaciones testamentarias, existen algunos inconvenientes para aceptar sin más esta posible ordenación.

En primer lugar, debemos recordar que si bien la disposición decenviral sobre el *uti legassit* constituía el punto de partida de una amplísima facultad de disposición en favor del causante, se trataba de una facultad que recaía sobre elementos que no estaban directamente asociados con el patrimonio familiar. Por ese motivo, no aparece usado el término *familia*, sino que se habría optado por la ambigua expresión “*suae rei*”, que hacía referencia a los bienes privativos del *pater familias*.

Pero incluso aunque admitiéramos la posibilidad de que pudiera haber existido cierta preferencia histórica por la delación testamentaria, todavía quedaría por aclarar por qué razón no se tiene constancia ninguna disposición decenviral en la que se regule la figura del testamento. Por el contrario, toda la información que conocemos acerca del origen de las formas testamentarias primitivas³⁷⁰ parece indicar que tanto el denominado testamento *calatis comitiis* como el testamento *in procinctu* desempeñaban una función completamente desligada de la disposición de los bienes patrimoniales que componían el patrimonio doméstico transmitido en la sucesión hereditaria.

³⁷⁰ Vid. *supra* Gell., *Noct. Att.* 15.27.1-3; Gai. 2.101-102.

Por último, aceptar la prevalencia de la sucesión testamentaria supondría tener que explicar cómo se conjugarían las disposiciones del *pater familias* con la existencia de los denominados *sui heredes*. Bajo esa denominación se conocía a los herederos naturales que, en cuanto que ostentaban la posición de *heredes*, estaban llamados a continuar las relaciones jurídicas tras la muerte del *pater familias*, pero al mismo tiempo, debido a su condición de *sui*, eran las personas más apropiadas para hacerse cargo de otros importantes elementos familiares extrapatrimoniales como los *sacra familiaria*, el *ius sepulchri*, el patronato o la tutela.

Esta doble condición explica que en las Instituciones de Gayo sean calificados como “*heredes sui et necessarii*”, pues mediante esta denominación se aludía a todos los miembros de la comunidad doméstica que se convertían en titulares del patrimonio familiar a partir del fallecimiento del *pater familias*. Se trataba de los herederos por antonomasia, pues con su sola existencia garantizaban la continuidad natural del grupo familiar en la siguiente generación. Solo en defecto de estos se acudía a los mecanismos de ordenación previstos en la sucesión hereditaria.

En consonancia con su condición de herederos naturales, hemos señalado que los *sui heredes* que demostraban suficiente capacidad de discernimiento eran invitados a colaborar en la toma de decisiones en relación con la administración de los asuntos que afectaban a la comunidad doméstica. En este sentido, tanto un pasaje perteneciente a las instituciones de Gayo³⁷¹ como otro fragmento de Paulo³⁷² calificaban a los *sui heredes* como herederos domésticos que “*quodam modo domini existimantur*”.

El uso de esta expresión aparece asociado a la noción de “*continuatio domini*”, con la que consideramos que se pretendía poner de manifiesto que originariamente a la muerte del *pater familias* no se producía una verdadera sucesión hereditaria, sino que los *sui heredes* actuaban como continuadores naturales de una comunidad doméstica, que hasta cierto punto, venían gestionando de manera efectiva desde antes de que se produjera el fallecimiento del cabeza de familia.

En el fondo, subyace la idea de que a pesar de que la titularidad del patrimonio familiar correspondía exclusivamente al *pater familias*, algunas de las personas libres que ostentaban la condición de hijos de familia también estaban facultados para tomar

³⁷¹ Vid. *supra* Gai. 2.157.

³⁷² Vid. *supra* Paulo, 2 *ad Sab.*, D. 28.2.11.

parte en la toma de decisiones en torno a la mejor administración de los bienes que pertenecían a la comunidad doméstica. De esta forma, se explica que en el momento en que se producía el fallecimiento del *pater familias*, la continuidad familiar se asegurase a través de la constitución del *consortium ercto non cito*.

Bajo esta denominación se conoce a una antiquísima forma de sociedad romana, de la que se tiene noticia gracias a los testimonios de diversos autores³⁷³, entre los que cabe destacar especialmente la información contenida en varios pasajes conservados en las instituciones de Gayo³⁷⁴, que han podido ser reconstruidos gracias al descubrimiento de los papiros egipcios de Antinoe.

Aunque la exposición gayana alude a la procedencia etimológica del *consortium* afirmando que la denominación “*ercto non cito*” debía entenderse en relación con una sociedad en régimen de propiedad indiviso, la mayor parte de la doctrina ha rechazado esta explicación. Desde nuestro punto de vista existen suficientes argumentos de peso como para sostener que esta expresión debería traducirse, más bien, como división no provocada por ninguno de los consortes.

Admitiendo esa interpretación, puede entenderse que el propio Gayo calificase este *consortium* como una “*societas legitima et naturalis*”. Ambos términos definen perfectamente a una comunidad fraternal que parece haber estado contemplada en la ley de las XII Tablas, pero que, sobre todo, se ajustaba a las características económicas, sociales, políticas y religiosas del mundo antiguo. En consecuencia, puede decirse que se trataba de una institución acorde a la *naturalis ratio* que informaba la articulación de las primeras instituciones jurídicas romanas.

Debido precisamente a ese carácter esencialmente natural, hemos señalado que el *consortium* debía constituirse de manera automática tras la muerte del *pater familias*. Sin embargo, ese automatismo no implicaba que se tratase de una sociedad inseparable, pues, de hecho, tenemos noticia de que las XII Tablas ya contemplaban la previsión de la *actio familiae erciscundae* como mecanismo jurídico para llevar a cabo la repartición del patrimonio doméstico entre los distintos consortes.

³⁷³ Entre los principales testimonios que hacen referencia al *consortium*, vid. *supra* Varro., *de res rust.* III 16.2; Val. Max., *fact. et dict.* 4.4.8; Cic., *de orat.* 1.56.237; Liv. 41.27.2; Plin. Minor, *Ep.* 8.18.4; Gell., *Noct. Att.* 1.9.12; Fest., p. 72 L.; Non., p. 405 s.L.; Quintil., *Inst.* 8.3.13

³⁷⁴ Vid. *supra* Gai. 3.154a.

Todos estos rasgos apuntan a que el *consortium* constituiría uno de los muchos engranajes jurídicos que habrían articulado el originario sistema sucesorio con el fin de garantizar la noción de continuidad familiar. Reconocer la constitución automática de esta sociedad propiciaba que el patrimonio doméstico quedase bajo el dominio de los consortes varones que habían alcanzado la pubertad, evitando así que pudiera caer en manos de personas consideradas incapaces para gestionarlo.

Sobre la base del reconocimiento de esta función de control a los parientes más cercanos a esas personas consideradas incapaces se habría articulado todo el régimen jurídico de la tutela legítima. Ahora bien, la aparición de la tutela como institución jurídica independiente solo se habría producido como consecuencia de la evolución de la sociedad romana hacia estadios más individualistas en los que pierden sentido las antiguas instituciones familiares de corte comunitario.

No obstante, la existencia del *consortium ercto non cito* pone de manifiesto que el antiguo sistema sucesorio romano se asentaba necesariamente sobre la existencia de una pluralidad de *sui heredes*. Dado que únicamente estos herederos naturales podían garantizar la continuidad del grupo familiar en sentido estricto, resulta razonable que desde tiempos remotos se elaborasen diversos instrumentos jurídicos para generar un descendiente que ocupase la posición de *suus heres* en aquellos supuestos en los que el *pater familias* carecía de herederos naturales.

En estas situaciones se acudía preferentemente a la *adrogatio*, que exigía que el *pater familias* adoptante no solo careciese de descendientes naturales, sino que además tampoco estuviera en condiciones de procurárselos naturalmente. Por otra parte, exigía el cumplimiento de importantes formalidades, pues a pesar de que se trataba de un acto jurídico eminentemente privado, dada su trascendencia social, debía celebrarse ante los comicios curiados en dos fechas concretas cada año.

La intervención de esta asamblea popular servía para dotar de publicidad al acto, al tiempo que se verificaba que la *adrogatio* no se hubiera usado de forma fraudulenta. En caso contrario, cabe suponer que la adopción sería denegada. En estas situaciones podía entonces llegar a producirse la muerte de un *pater familias* que, estando en edad de procrear, sin embargo, no se hubiera procurado por cauces naturales ni adoptivos una descendencia legítima que asegurase la continuidad de la familia. En estos supuestos, entrarían en juego las formas testamentarias primitivas.

En relación con el *testamento calatis comitiis*, que presumiblemente habría sido la forma testamentaria más antigua, hemos destacado que a pesar de sus similitudes con la *adrogatio*, se trataba de dos recursos jurídicos claramente diferenciados. Frente a la inmediatez de los efectos jurídicos de la *adrogatio*, este testamento solo tenía eficacia a partir de la muerte del *pater familias*. Por esa razón, hemos señalado que no se trataba de un mecanismo de adopción para resolver la ausencia de *sui heredes*, sino que más bien constituiría una previsión de futuro para dar respuesta a las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de una muerte imprevista sin dejar descendencia.

Con esta misma finalidad preventiva, claramente diferenciada de la función correctora de la *adrogatio*, se habría articulado, más tarde, el *testamento in procinctu*. Ahora bien, la principal diferencia con su antecesor radicaba en que mientras aquel *testamento calatis comitiis* se celebraba ante los comicios curiados en tiempos de paz, esta nueva modalidad testamentaria se llevaría a cabo en presencia de los compañeros de armas justo antes de entrar en batalla.

Con respecto al *testamento in procinctu*, aunque posiblemente habría surgido como una mera derivación del testamento comicial pensada para cabezas de familia que se encontraban en los momentos previos al combate y no habían tenido la precaución o no habían dispuesto de la oportunidad de procurarse un heredero ante las asambleas populares, también hemos destacado que posiblemente habría constituido la primera vía de acceso de los plebeyos a las disposiciones testamentarias al no tener que celebrarse este acto jurídico ante los comicios curiados.

La existencia de todos estos instrumentos jurídicos en época arcaica pone de manifiesto la importancia de los *sui heredes* como continuadores naturales de la familia tras la muerte del *pater familias*. No obstante, a pesar de las distintas previsiones que se contemplaban en el ordenamiento jurídico romano, todavía cabía la posibilidad de que un *pater familias* muriese sin haber conseguido engendrar descendientes legítimos y sin haberse procurado un *suus heres* por vía testamentaria. En esos casos, no quedaba más remedio que acudir a la ordenación sucesoria contemplada en la ley de las XII Tablas para determinar el destino del patrimonio familiar. Gracias al análisis de XII Tab. 5.4 y XII Tab. 5.5 sabemos que en ausencia de *sui heredes*, el patrimonio familiar pasaba a manos de los parientes agnados más próximos al *pater familias* causante y, únicamente en ausencia de estos, recaía en poder de los gentiles.

El llamamiento a los parientes agnados o gentiles reforzaba la funcionalidad del sistema de sucesión hereditario, pues aunque en principio la obligación de continuar la familia se encomendaba a los *sui heredes*, en defecto de estos se evitaba la dispersión tanto de los bienes patrimoniales como de los otros elementos extrapatrimoniales fuera del ámbito estrictamente familiar. La inclusión última de los parientes gentilicios debe interpretarse, asimismo, como una reminiscencia de la época arcaica en la que las *gentes* constituían la agrupación social más habitual en Roma.

Una vez conocidas las líneas directrices del sistema sucesorio originario, no cabe pensar que la ley de las XII tablas hubiera contemplado una modalidad testamentaria que consistiera en un acto unilateral de carácter personalísimo encaminado a que un *pater familias* pudiera disponer libremente sobre el destino de los bienes que conforman el patrimonio hereditario para después de su muerte. Un instrumento jurídico de estas características se corresponde con el testamento *per aes et libram*.

Este nuevo testamento habría surgido como resultado de la labor jurisprudencial desarrollada en época postdecenviral. A partir del expediente de la antigua *mancipatio familiae*, que posiblemente se articulaba sobre la base del precepto decenviral sobre el *uti legassit*, los juristas romanos habrían extendido el alcance de la *nuncupatio* con el fin de posibilitar la constitución de toda clase de disposiciones *mortis causa*.

Esta fusión entre la *mancipatio* tradicional y esa concepción amplificada de la *nuncupatio* abría un campo de infinitas posibilidades para el ámbito del derecho de las sucesiones testamentarias. Aunque el testamento *per aes et libram* todavía conservaba numerosos rasgos formales heredados de la antigua *mancipatio familiae*, su finalidad se encamina principalmente a la consecución de un heredero y admite el establecimiento de diversas disposiciones a título particular sobre bienes patrimoniales, nombramiento de tutores, sustituciones hereditarias o manumisiones de esclavos.

VI. LA EVOLUCIÓN DE LA TUTELA: FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES

1. Las diferentes clases de tutela

- 1.1. Una clasificación sistemática de la tutela
- 1.2. Una tutela originariamente inamovible
- 1.3. La tutela testamentaria
- 1.4. Una tutela impuesta desde los poderes públicos

2. Las funciones del *tutor impuberum*

- 2.1. La instrucción del pupilo
- 2.2. Categorización de los impúberes
- 2.3. Una administración tutelar para los menores *qui fari non possunt*
- 2.4. *Auctoritas tutoris*

3. La responsabilidad del *tutor impuberum*

- 3.1 Una potestad con limitaciones
- 3.2. El compromiso del tutor
- 3.3. La persecución doméstica
- 3.4. El *consilium domesticum*
- 3.5. Sobre un posible *consilium* gentilicio

A modo de recapitulación

1. LAS DIFERENTES CLASES DE TUTELA

1.1. UNA CLASIFICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TUTELA

Como hemos venido destacando a lo largo de los anteriores capítulos, no cabe duda de que desde la consolidación de los primeros grupos familiares romanos existió una notable preocupación por el destino del patrimonio familiar tras el fallecimiento del *pater familias*. En consecuencia, desde la época predecenviral existe constancia de que se desempeñaban funciones propiamente tutelares, aunque en origen fueran concebidas como competencias en cierto modo asimilables al antiguo *dominium*.

Por ese motivo, la tutela primigenia se constituye como un derecho en favor de los herederos de los pupilos, que previsiblemente eran las personas más interesadas en proteger un patrimonio familiar sobre el que tenían ciertas expectativas. A tenor de esta regulación tradicional, la ley de las XII Tablas habría reconocido la existencia de una única forma de tutela que se constituiría de acuerdo con el orden natural que aseguraba la continuidad familiar, es decir, conforme a las disposiciones que desde época antigua regulaban el fenómeno de la sucesión hereditaria.

Al igual que el fenómeno hereditario, la función de la tutela estaba encaminada a salvaguardar los intereses patrimoniales del grupo familiar. Por ese motivo, parece que su primera manifestación se encuentra en la gestión del patrimonio doméstico común realizada por los miembros del antiguo *consortium ercto non cito* que se consideraban capacitados para intervenir activamente en el ámbito jurídico. Únicamente sobre la base de esa ordenación basada en los vínculos de solidaridad interparental puede entenderse que, posteriormente, la ley de las XII Tablas estableciese que la designación del cargo de tutor correspondía a los parientes agnados y gentiles del pupilo.

Debido a la abstracción y generalidad que presentaba la ordenación jurídica recogida en la ley decenviral, con el tiempo devino imprescindible la intervención de los antiguos juristas republicanos para desarrollar una constante interpretación de esos preceptos legales¹. De esta forma, durante todo el período republicano asistimos a una progresiva evolución jurídica con el objetivo de adaptar las originarias previsiones de la época predecenviral a las nuevas realidades sociales romanas.

¹ PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 32.

Como consecuencia de la minuciosa labor de los sucesivos juristas republicanos se comenzó a desarrollar una verdadera *iuris civilis scientia*², es decir, un tratamiento metodológico que ordenaba sistemáticamente diversas categorías jurídicas. Ahora bien, toda esta actividad jurisprudencial no parece estar encaminada a construir una perfecta *ars iuris civilis*³, sino que, más bien, parece que se trataba de un conjunto de pequeñas islas de cierta sistemática en el caótico mar de las instituciones⁴. Entre las diversas clasificaciones jurisprudenciales elaboradas por los *veteres* destacan las relativas a la tutela mencionadas en las instituciones de Gayo.

Gai. 1.188: *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio: Nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nosque diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus: Hoc solum tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.*

² Pomponio, l. S. *enchir.*, D. 1.2.2.35: *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. Et quidem ex omnibus, qui scientiam nanci sunt, ante tiberium coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.*

³ Como es sabido, la noción de “*ars iuris civilis*” proviene de la obra de Cicerón, *de orat.* 1.42.188: *Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinet et ratione quadam constringeret. Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.*

Con estas palabras, el arpinate tenía la intención de alentar a los juristas de su tiempo para que pusieran todo su empeño en desarrollar una verdadera ciencia jurídica que permitiera aglutinar de manera ordenada las diferentes nociones del Derecho, superando de este modo la exposición de dispersos conocimientos jurídicos orientados a la resolución de problemas en la práctica jurídica. En este sentido, cabe destacar que los juristas romanos tardorreplicanos habían recibido el fruto de una tradición que, alejada de abstracciones y concepciones sistematizadoras, centraba todos sus esfuerzos en la práctica jurídica con el fin de alcanzar un ideal de justicia. En consonancia con esta idea, CANNATA, C. A., *Histoire de la jurisprudence européenne, I. La jurisprudence romaine* (Turín, 1989), pp. 74 ss., sostiene que a tenor de las escasas clasificaciones científicas que aparecen recogidos en las fuentes jurídicas republicanas que se han conservado, se puede deducir que los antiguos jurisconsultos romanos no tuvieron la intención, ni siquiera remotamente, de articular sistemáticamente todas las materias jurídicas.

⁴ Se trata de la famosa metáfora empleada por KASER, M., *En torno al método de los juristas romanos* (Valladolid, 1964), p. 42, utilizada posteriormente por numerosos romanistas para transmitir la idea de que los antiguos juristas romanos únicamente habrían utilizado técnicas sistematizadoras de manera puntual para ordenar alguna pequeña parcela del ámbito jurídico.

Gracias a este testimonio se puede constatar no solo que los antiguos juristas ya se habrían ocupado de agrupar las *species tutelarum*, sino que además existían notables discrepancias entre ellos: mientras que algunos juristas habrían considerado que existían tantos *genera tutelarum* como *species tutelarum*⁵, Quinto Mucio Escévola distinguía cinco clases de tutela diferentes, Servio Sulpicio Rufo diferenciaba tres, mientras que Labeón reducía la cifra a únicamente dos.

No es casualidad que las tres clasificaciones referidas por Gayo provengan de la obra de tres juristas casi sucesivos en el tiempo⁶ y que, por tanto, estaban influenciados por las tendencias sistematizadoras de finales del período republicano.

Entre todas estas aportaciones, parece claro que la primera clasificación con una finalidad con cierta finalidad sistematizadora se encuentra en la obra de Quinto Mucio, que como recuerda Pomponio “*post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*”⁷. Sin embargo, los dieciocho *libri iuris civilis* de Quinto Mucio no deben ser considerados una ordenación completa de todo el derecho civil republicano, sino que se trataría más bien de un tratado de carácter descriptivo del derecho de su tiempo⁸.

⁵ En este sentido, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 437 nt. 27, destaca que el testimonio recogido en Gai. 1.184 pone de manifiesto que el propio jurista antonino consideraba que existían numerosísimas *species tutelarum*, pues las diferenciaba en función de los criterios de designación del tutor.

⁶ A este respecto, cabe destacar que los primeros compases de la carrera profesional de Servio Sulpicio Rufo parecen estar marcados de manera decisiva por la rivalidad surgida como consecuencia del famoso encontronazo que mantuvo con Quinto Mucio Escévola. Sobre la importancia histórica de este episodio relatado por Pomponio, *l. S. enchir.*, D. 1.2.2.43, cfr. BRETONI, M., *Storia del diritto romano*, cit., p. 169; PARICIO, J., «La vocación de Servio Sulpicio Rufo», en *Iurisprudentia Universalis, Festschrift Theo Mayer-Maly* (Colonia-Weimar-Viena, 2002), pp. 549 ss.; CASTRO SAENZ, A., «Itinerarios servianos: Servio Sulpicio Rufo ante Quinto Mucio Pontifex, entre la historia y el mito», en *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I (Milán, 2008), pp. 509 ss.

Por otra parte, PARICIO, J., «Una historia del contrato en la jurisprudencia romana», en *AUPA*, 53 (2009), p. 86, señala que es prácticamente seguro que antes de su muerte Servio Sulpicio Rufo habría tenido ocasión de conocer a un jovencísimo Marco Antistio Labeón, quién era hijo de Pacuvio Labeón, uno de los principales discípulos de Servio. A pesar de que por razones cronológicas, no habría formado parte de su escuela, no cabe duda de que la actividad jurisprudencial del joven Labeón habría estado muy influenciada desde el primer momento por la obra del maestro de su padre.

⁷ Cfr. Pomponio, *l. S. enchir.*, D. 1.2.2.41.

⁸ Sobre la trascendencia de la obra de Quinto Mucio como posible primera sistematización del *ius civile*, vid. CUENA BOY, F., *Sistema jurídico y Derecho romano* (Santander, 1998), pp. 94 ss. señala que no puede considerarse que el reconocimiento de algunas clasificaciones de instituciones concretas permita hablar de una verdadera sistemática externa en la obra de Quinto Mucio. Cfr. NÖRR, D., *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Rechtswissenschaft* (Berlín, 1972); TALAMANCA, M., *Per la storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 195 ss.

En contraposición a esta exposición muciana, las escasas referencias que se han conservado en relación con la ordenación jurídica sobre la tutela elaborada por Servio Sulpicio Rufo presentaban contornos más científicos. En este sentido, no solo tenemos constancia de que el jurista habría elaborado su famosa definición de tutela con fines sistemáticos⁹, sino que además habría distinguido tres grandes *species tutelarum* en función de las distintas modalidades de nombramiento del tutor.

La clasificación defendida por Marco Antistio Labeón posiblemente tomaba como punto de partida la tripartición serviana, pues al fin y al cabo era hijo de uno de los principales discípulos de Servio. Ahora bien, este jurista habría tendido a identificar por un lado, aquellos nombramientos que requerían una aprobación desde los poderes públicos, en contraposición a aquellas otras designaciones tutelares que se establecían sin intervención de la autoridad. Por ese motivo, su clasificación únicamente distinguía dos tipos de modalidades tutelares.

A lo largo de nuestra exposición nos serviremos de la clasificación serviana, pues no solo era la ordenación sobre las diferentes clases de tutela que mayor acogida tuvo en su momento, sino que además resulta la más lógica desde el punto de vista de las diferentes formas de designación de los tutores.

⁹ *Vid. supra* CAPÍTULO IV apartado 4.

1.2. UNA TUTELA ORIGINARIAMENTE INAMOVIBLE

Desde el primer momento, la tutela aparece estrechamente ligada a la sucesión hereditaria, pues en ambos casos se trata de fenómenos jurídicos que toman como punto de partida el fallecimiento del *pater familias* y están encaminados a salvaguardar la continuidad de la familia romana en el tiempo. De acuerdo con la mentalidad propia de la época arcaica, se consideraba que ambos fenómenos debían regirse conforme al orden naturalmente establecido por la tradición.

Por ese motivo, al igual que se consideraba que ordinariamente los *sui heredes* debían hacerse cargo de las relaciones jurídicas de su *pater familias*, se entendía que el cargo de tutor debía recaer en los parientes más cercanos del pupilo. En ambos casos se confiaba en los fuertes lazos de solidaridad interparental propios de la época antigua, pues mediante esta ordenación jurídica se pretendía que el patrimonio familiar quedase en todo momento bajo el control de miembros de la familia.

En este contexto, desempeñaba un papel fundamental el denominado *consortium ercto non cito*, puesto que en el caso de que alguno de los consortes fuera considerado incapaz de gestionar sus propios asuntos patrimoniales, quedaba excluido de la gestión del patrimonio familiar indiviso. En estos supuestos eran los propios consortes quienes desempeñaban la función de tutores. Únicamente cuando se llevaba a cabo la disolución de la comunidad fraternal, que suponía la repartición del patrimonio familiar entre los condóminos, debía designarse a un verdadero tutor.

Según afirman diversos testimonios de la época clásica, la ley de las XII Tablas habría establecido que el cargo de tutor legítimo recayese originariamente sobre los parientes más próximos al pupilo¹⁰. Aunque se desconoce el contenido original de la disposición decenviral¹¹, todo apunta a que se habría articulado en paralelo a la redacción original de las normas contenidas en XII Tab. 5.3, 5.4 y 5.5¹²

¹⁰ Cfr. Gai. 1.155 (Inst. 1.15 pr.); Tit. Ulp. 11.3; Paulo, 11 ad Ed., D. 4.5.7 pr.; Ulpiano, 14 ad Sab., D. 26.4.1; 5 pr.; C.I. 5.30.1 (a. 290); 5.30.2 (a. 293); Epit. Gai 1.4.5.7 pr.

¹¹ Algunos autores como SOLAZZI, S., «La legge delle XII tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante», en *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena*, 30 (1928), pp. 46 ss. o LA PIRA, G., «La sostituzione pupillare», en *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegnamento*, 3 (Milán, 1930), pp. 271 ss., han intentado reconstruir la redacción original tomando como punto de partida los pasajes de Paulo, 38 ad Ed., D. 26.4.6 e Inst. 1.15.2.

¹² Vid. *supra* capítulo V apartado 2.

Ahora bien, dado que resultaba ciertamente improbable que un menor impúber tuviera *sui heredes*, en la práctica la designación como tutor recaía normalmente sobre los parientes agnados varones más próximos al pupilo y, en último término, competía a los parientes gentiles del pupilo. Estos marcados paralelismos con la regulación del fenómeno hereditario en las XII Tablas habrían implicado que el nombramiento de los primeros tutores legítimos presentase características similares a la delación hereditaria de los parientes agnados y gentiles.

En primer lugar, al tratarse de una designación que respondía al orden natural propio de la antigua organización familiar, cabe destacar que no se trataba de un cargo voluntario, sino que la condición de tutor legítimo se adquiría sin necesidad de una aceptación expresa y sin posibilidad de renunciar al cargo¹³. Por esa razón, se considera que la tutela legítima era originariamente inamovible.

Pero además, en el supuesto de que existieran diversos parientes agnados varones con el mismo grado de proximidad respecto al pupilo, parece que desde la época arcaica todos ellos se eran nombrados cotutores¹⁴. Se trataba de una adaptación de la norma que establecía la sucesión hereditaria *per stirpes* cuando existía una pluralidad de parientes agnados del mismo grado con derecho a suceder al causante.

Esta originaria articulación de la tutela legítima en favor de los parientes más cercanos al pupilo constituía una garantía de continuidad al evitar que el patrimonio doméstico pudiera dispersarse fuera de la comunidad familiar. Además, dado que la persona designada como tutor ostentaba ciertas expectativas hereditarias sobre esos bienes, cabe suponer que mostraría mayor interés en incrementar o, cuando menos, mantener el patrimonio de su pupilo. Aunque es posible que no estuviera obligado a realizar una gestión efectiva del patrimonio pupilar, desde los mismos orígenes de la institución tutelar debieron establecerse una serie de controles familiares para evitar que se produjesen actuaciones que vulnerasen los intereses patrimoniales del pupilo, que en última instancia, afectaban a todo el grupo familiar¹⁵.

¹³ A este respecto, VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 68, recuerda que “l’idea del fondamento parentale, cioè “naturale”, della tutela risulta da più elementi. La tutela non si accetta né si rifiuta: inerisce alla persona in virtù del vincolo agnatio”.

¹⁴ Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.4.8: *Si reliquero filium impuberem et fratrem et nepotem ex alio filio, constat utrosque esse tutores, si perfectae aetatis sunt, quia eodem gradu sunt.*

¹⁵ *Vid. infra* capítulo VI apartados 2 y 3.

No obstante, es posible que en ciertas circunstancias estos tutores se encontrasen demasiado ocupados como para desarrollar una gestión efectiva, por mínima que fuese, del patrimonio pupilar. En estos supuestos, dado que se trataba de un cargo inamovible, parece que si bien el tutor legítimo no estaba facultado para renunciar a una condición impuesta en función de sus vínculos de parentesco, parece que el ordenamiento jurídico romano sí habría previsto que los tutores legítimos pudieran transmitir a un tercero la tutela a través del mecanismo de la *in iure cessio tutelae*¹⁶.

Este recurso jurídico consistía en la realización de un pleito simulado con el fin de que el tutor legítimo original pudiera transmitir el ejercicio de la funciones tutelares a una persona de su confianza¹⁷. La persona que recibía la tutela aparece en las fuentes bajo la denominación de tutor *cessicius*¹⁸ y debía pronunciar su *vindicatio* ante el pretor con la finalidad de que este, ante el silencio del tutor legítimo, procediera a concederle la *addictio* de la tutela que había reclamado como propia.

Ahora bien, tanto en las instituciones de Gayo¹⁹ como en *Tit. Ulp.* 11.7²⁰ se afirmaba que si el tutor *cessicius* fallecía o sufría una *capitis deminutio*, la tutela debía retornar al tutor legítimo que la había transferido; sin embargo, si la persona que moría o sufría la *capitis deminutio* era el tutor legítimo, la tutela se consideraba extinguida y recaía sobre el pariente agnado ulterior. Como consecuencia de esta regulación cabe concluir que a través de la *in iure cessio tutelae* no se transmitía el derecho de tutela²¹, sino únicamente la posibilidad de que un tercero lo ejercitara.

¹⁶ Sobre esta facultad reconocida a algunos tutores, *vid. infra* Gai. 1.168; *Tit. Ulp.* 11.6: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: "uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto": qui "tutores dativi" appellantur.*

¹⁷ SOLAZZI, S., *Curator impuberis* (Roma, 1917), p. 71, nt. 3.

¹⁸ Gai. 1.169: *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur.*

¹⁹ Gai. 1.170: *Quo mortuo aut kapite diminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque, qui cessit, si mortuus aut kapite diminutus sit, a cessicio tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in ea tutela habuerit.*

²⁰ *Tit. Ulp.* 11.7: *Is, cui tutela in iure concessa est, "cessicius tutor" appellatur; qui sive mortuus fuerit, sive capite minutus, sive alii tutelam porro cesserit, redit ad legitimum tutorem tutela. Sed et si legitimus decesserit aut capite minutus fuerit, cessicia quoque tutela exinguitur.*

²¹ En contra de esta posición, compartida por la mayor parte de la doctrina, se manifiesta ZANNINI, P., *Studi sulla tutela mulierum* II, cit., pp. 35 ss., que considera que la tutela legítima era un derecho de carácter patrimonial susceptible de transmisión. De acuerdo con su interpretación de *Tit. Ulp.* 11.1, originariamente era posible ceder el propio derecho de tutela y no solo su ejercicio, de forma que debe entenderse que lo único que mantenía el tutor legítimo originario era su condición de pariente del pupilo, que había fundamentado la concesión del derecho de tutela transferido.

La existencia de un recurso jurídico de estas características no sólo conciliaba la inamovible naturaleza de la tutela legítima con su marcado carácter potestativo, sino que además demostraba que se trataba de una institución jurídica constituida en interés del propio tutor y su familia agnaticia. A través de la *in iure cessio tutelae* el tutor podía transmitir el ejercicio de la tutela a un tercero, pero, sin embargo, conservaba en todo momento la titularidad del cargo, pues la tutela era un derecho que únicamente correspondía desempeñar a miembros del grupo familiar.

Ahora bien, resulta asombroso que las mismas fuentes jurídicas que reconocían la posibilidad de transferir el ejercicio de la tutela a terceros ajenos a la familia, a su vez afirmasen que este recurso procesal únicamente podía utilizarse para la tutela legítima de las mujeres, excluyendo expresamente los casos relativos a la *tutela impuberum*²². Así aparece recogido en *Tit. Ulp. 11.8*:

Tit. Ulp. 11.8: Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessicia tutela non procedit, quoniam permissum erat in iure cedere tutelam feminarum tantum, non etiam masculorum; feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum.

Y en términos similares se recoge esta misma exclusión en un fragmento de las instituciones de Gayo, donde el jurista señalaba los motivos que habrían justificado que la *in iure cessio tutelae* estuviera restringida a la *tutela mulierum*.

Gai. 1.168: Agnatis et patronis et liberorum capitem manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.

De acuerdo con el testimonio de Gayo, la aplicación de un régimen diferenciado entre ambas tutelas se fundamentaba en que mientras que la tutela de los impúberes finalizaba cuando el pupilo alcanzaba la pubertad, la duración de la *tutela mulierum* se extendía durante toda la vida de la mujer. Según el jurista, esta última circunstancia conllevaba mayores cargas para el tutor. Precisamente con el fin de paliar los onerosos efectos de la *tutela mulierum*, se habría dispuesto que únicamente en estos casos el tutor pudiera ceder el desempeño de sus funciones tutelares a un tercero.

²² MEDICI, C., *Ricerche sulla tutela mulierum*, cit., pp. 38 ss.

A pesar de que la explicación puede resultar coherente a primera vista, resulta insostenible a poco que se profundiza en las características propias de cada una de estas formas de tutela²³. Si bien es cierto que la *tutela impuberum* presentaba una duración limitada en el tiempo, no cabe duda de que exigía una dedicación mucho mayor por parte del tutor que en el caso de las tutelas de las mujeres. Estas diferencias se acentúan todavía más a medida que evolucionan en el tiempo.

En el caso de la *tutela impuberum* se percibe una constante evolución hasta que alcanza una naturaleza de marcado carácter asistencial. Es evidente que durante toda la época republicana tiende a perder su originario carácter potestativo para dejar paso a una nueva concepción en la que el tutor ya no se limita a confirmar determinados actos mediante la interposición de su *auctoritas*, sino que en muchas ocasiones se encuentra obligado a realizar una verdadera gestión de sus asuntos patrimoniales.

Por el contrario, el devenir histórico de la *tutela mulierum* tiende a desarrollarse por otros derroteros, pues la propia experiencia pone de manifiesto que las mujeres que habían alcanzado la pubertad estaban perfectamente capacitadas para hacerse cargo de sus propios asuntos patrimoniales²⁴. En consecuencia, solo requerían la *auctoritas* del tutor para dotar de validez jurídica a algunos actos jurídicos que tradicionalmente se consideraba que no debían concluir por sí mismas²⁵. Ahora bien, el tutor no realizaba una verdadera labor de administración, sino que habitualmente se limitaba a dotar de eficacia jurídica a las actuaciones realizadas por la mujer.

Esta diferenciación resultaba especialmente evidente en la época de Gayo, pues el propio jurista recuerda que en la mayor parte de las ocasiones la intervención del *tutor mulierum* consistía en realidad en una mera formalidad: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera: mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitae auctor fieri a praetore cogitur*²⁶.

²³ FAYER, C., *La familia romana I*, cit., pp. 446 ss.

²⁴ ZANNINI, P., *Studi sulla tutela mulierum*, vol. I, cit., 58 e 74 ss.

²⁵ Aunque esta es la opinión mayoritaria de la doctrina, en contra se pronuncian algunas voces como CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., pp. 69 ss.

²⁶ Gai. 1.190, *vid. supra* capítulo IV apartado 3.3.

Este testimonio se contrapone sustancialmente a la pretendida naturaleza onerosa de la *tutela mulierum*, aducida por el propio Gayo para justificar que solo en esos casos se aceptase la cesión del ejercicio de la tutela a un tercero. Precisamente debido a estas incongruencias, la mayor parte de la doctrina tiende a rechazar la explicación aportada por Gayo, considerando posible que originariamente la *in iure cessio tutelae* también pudiera ejercitarse en los supuestos de *tutela impuberum*²⁷.

Desde nuestro punto de vista, aunque Gayo hiciera referencia a una regulación consolidada en época antigua, de ninguna manera puede aceptarse que se remonte a los orígenes de la institución tutelar. Como hemos destacado reiteradamente, en un primer momento ambas formas de tutelas recibieron un tratamiento unitario, pues se concebían como una potestad en favor del tutor, que debía encargarse de salvaguardar los intereses del grupo familiar, que en el fondo eran sus propios intereses.

Aunque la finalidad última del nombramiento de los tutores originarios estaba encaminada a proteger la noción de continuidad familiar, de ninguna manera se puede considerar que representase una carga. Por el contrario, los tutores originarios percibían el cargo como un privilegio que apenas conllevaba obligaciones jurídicas y que, sin embargo, podía llegar a reportarles notables beneficios. En tales circunstancias, cabe preguntarse qué motivos existían para desentenderse de su ejercicio.

En este sentido, resulta razonable pensar que la *in iure cessio tutelae* se hubiera limitado a casos de carácter extraordinario. Originariamente se habría empleado solo en aquellos casos en los que el tutor previese que no iba a poder atender, ni siquiera con una mínima diligencia, las funciones que requería su cargo. Por lo tanto, se trataría de situaciones en las que a causa de alguna enfermedad, ausencia u otras fuerzas de causa mayor, el tutor prefería transferir sus funciones a una persona que se encontrase en mejores condiciones para encargarse de los asuntos pupilares.

²⁷ Se trata de una postura ampliamente aceptada por la doctrina romanística, como ponen de manifiesto SOLAZZI, S., «L' "abdicatio tutelae" e BGU. 1113», en *Scritti Giuridici* II, cit., p. 94 nt. 5; ID., *L'età del tutore*, cit., p. 344 nt. 59; ID., *Glosse a Gaio*, cit., pp. 179 ss.; PEROZZI, S., «Il tutore impubere», en *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze morali. Sezione giuridica* (Bologna, 1918), p. 94 nt. 3 (= en *Scritti giuridici*, vol. 3. *Famiglia successione e scritti vari* (Milán, 1948), p. 200 nt. 2); BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 278; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., pp. 613 ss.; ALBANESE B., *Le persone*, cit., p. 444 nt. 54; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 110; ZANNINI, P., *Studi sulla tutela mulierum* II, cit., pp. 36 ss.; SITZIA, F., Recensión de P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum* II, cit., p. 174; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, p. 162; FAYER, C., *La familia romana I*, cit., p. 446.

Se trataba de una facultad que concordaba perfectamente con la naturaleza potestativa de la tutela legítima, pues permitía conciliar su carácter inamovible como derecho del heredero del pupilo con la posibilidad de transferir el contenido del mismo para salvaguardar los intereses familiares. Sin embargo, a medida que se debilitan los antiguos lazos de solidaridad interparental y la sociedad romana tiende a evolucionar en un sentido más individualista²⁸, se produce una transformación en la forma de percibir la institución tutelar. Frente a su originaria concepción potestativa, el cargo se empieza a concebir como una imposición en auxilio de pupilos que se encuentran desamparados, tal y como se refleja en la famosa definición de Servio Sulpicio Rufo a la que ya hemos hecho repetidas alusiones en los capítulos anteriores²⁹.

Estos cambios posiblemente implicaron que la tutela se empezase a concebir como una tarea gravosa, que no sólo conllevaba una importante pérdida de tiempo y esfuerzo para su titular, sino que además podía acarrear cierta responsabilidad en el caso de que no se atendieran debidamente los deberes tutelares. De esta forma, se produciría un fenómeno parecido a lo que había sucedido con los *sacra familiaria*³⁰, que habrían quedado completamente desatendidos cuando se superaron las antiguas concepciones de solidaridad interparental y respeto por las tradiciones familiares.

En estas circunstancias, es muy posible que los tutores legítimos acudieran a la *in iure cessio tutelae* para exonerarse de una designación que, en muchos casos, lejos de concebirse como un derecho sucesorio implicaba una pesada carga. Dado que se trataba de un mecanismo jurídico únicamente pensado para supuestos extraordinarios, resulta lógico que no existiera una regulación a este respecto. En este sentido, no se conocen *numerus clausus* para ejercitar la *in iure cessio tutelae*, pues cabe suponer que los tutores legítimos podían alegar cualquier causa o que incluso ni siquiera fuera necesario alegar una causa para transmitir el ejercicio de la tutela a un tercero.

²⁸ En relación con la transformación social que supuso la fragmentación de los antiguos grupos gentilicios en diversas comunidades familiares, DE MARTINO, F., *Individualismo*, cit., p. 14, señala con especial énfasis en sus palabras que: “Il concetto di potere e di autorità è antitesi con quello di libertà ed individualità: a Roma, essendo una relazione giuridica impossibile tra il capo della casa ed i sottoposti, il diritto privato non sta a tutelare la libertà di tutti, ma solo quella dei singoli *patres*. Ciò vuol dire che la capacità di essere un pieno soggetto di diritti è in rapporto non solo con una posizione statutale – la cittadinanza – ma anche con una posizione familiare. Si hanno dei diritti in quanto si è *pater familias*. E questosi dovrebbe chiamare individualismo, e questo sistema giuridico dovrebbe essere il sistema della libertà individuale illimitata!”.

²⁹ Para un análisis más detallado del contenido de este precepto, *vid. supra* capítulo IV apartado 1.4.

³⁰ *Vid. supra* capítulo V apartado 1.4.

Los antiguos romanos posiblemente ni siquiera podían imaginar que las personas designadas como tutores legítimos pudieran plantearse la transmisión voluntaria de lo que originariamente se consideraba no solo un beneficioso derecho en favor del tutor, sino que además comportaba una manifestación de la solidaridad familiar. Sin embargo, precisamente la ausencia de una regulación que limitase el ejercicio de la *in iure cessio tutelae* para aquellos supuestos extraordinarios para los que había sido ideada supuso que pudiera ejercitarse de una forma descontrolada.

De esta manera, un recurso que había surgido como instrumento auxiliar para aquellos supuestos en los que el tutor legítimo no podía atender sus funciones, se convirtió en una herramienta que permitía esquivar los deberes impuestos al tutor en virtud del vínculo de solidaridad interparental. Resulta bastante factible pensar que en un primer momento se intentara frenar el uso fraudulento de la *in iure cessio tutelae* con diversas medidas que obstaculizasen su aplicación³¹, pero que ante la falta de unos resultados eficaces finalmente se decidiera prohibir su ejercicio.

Ahora bien, es posible que esta prohibición tan sólo se materializase sobre la *tutela impuberum*, pues como hemos señalado anteriormente la tutela de las mujeres presentaba contornos muy diferentes. Mientras que la tutela de los impúberes estaba fundamentada en una *naturalis ratio* como era la edad de los pupilos, la *tutela mulierum* se sostenía sobre la base de viejos prejuicios contra las mujeres. Desde esta perspectiva se entiende que frente a la evolución en sentido asistencial que sufre esa primera tutela, la tutela de las mujeres conservase sus características originarias.

Esta clase de tutela no llegó a concebirse en ningún momento como una carga para el tutor, pues frente a la creciente preocupación social por procurar un tutor a los menores desamparados, la sociedad romana manifiesta un evidente descreimiento por las razones que justificaban la tutela de las mujeres³². En consecuencia, no era necesario extender la prohibición de ejercitar la *in iure cessio tutelae* a la *tutela mulierum* porque en estos supuestos todavía se seguía utilizando sólo en casos excepcionales y de acuerdo con el fin para el que se había instituido esta figura jurídica.

³¹ ALBANESE B., *Le persone*, cit., p. 444, nt. 54, destaca que es posible que las limitaciones contenidas en Gai. 1.170 se establecieran con anterioridad a la prohibición definitiva con el objetivo de limitar el ejercicio de la *in iure cessio tutelae* para toda clase de tutelas.

³² *Vid. supra* capítulo IV apartado 3.3.

Todo apunta, pues, sin que podamos precisar más nuestras conclusiones, que la prohibición debió adoptarse a finales del período antiguo, cuando la influencia de las nuevas formas tutelares había transformado la institución tutelar en una figura jurídica de carácter asistencial³³. Esto explicaría que los juristas clásicos desconocieran los motivos que habían impulsado a restringir la aplicación de la *in iure cessio tutelae* a los supuestos de *tutela mulierum*. Desde la perspectiva de Gayo se habría tratado de una regulación asentada en el ordenamiento jurídico muchos siglos atrás y a la que el jurista no termina de encontrar una causa razonable.

Ante el desconocimiento de los verdaderos motivos, lo más razonable es pensar que Gayo dedicase un gran esfuerzo para elaborar una explicación convincente que justificase esta desconcertante regulación³⁴. Ahora bien, la reconstrucción histórica de la evolución de la *in iure cessio tutelae* concuerda perfectamente con los rasgos originarios de la *tutela impuberum*: en un primer momento se utiliza como forma de transferir un derecho inamovible para casos extraordinarios y, posteriormente, se limita su ejercicio precisamente para evitar que a través de ese mecanismo jurídico se puedan burlar las obligaciones del oficio tutelar en el caso de los impúberes.

Finalmente cuando en época clásica la tutela termina por convertirse en un cargo completamente asistencial y los tutores legítimos se encuentran obligados a administrar los asuntos pupilares de forma efectiva, se suprime la posibilidad de transferir la tutela a través de *in iure cessio tutelae*, admitiéndose únicamente la dispensa del oficio tutelar a través de alguna de las *excusationes* contempladas en la ley.

³³ Vid. *infra* capítulo VI apartado 1.4 sobre los efectos que genera la aparición de la tutela dativa.

³⁴ En este sentido, cabe destacar que cuando Gayo redacta sus instituciones lo hace con el objetivo de recoger una obra pedagógica completa, por lo que no sólo se esfuerza en presentar la regulación vigente sino también las causas que promovieron tal regulación. Esta circunstancia explica que en determinadas ocasiones, como sucede con la figura que estamos analizando, recoja explicaciones poco rigurosas desde el punto de vista histórico. Se comprende aún mejor si se tiene en cuenta que el propio jurista reconoce que la *tutela mulierum* ya no presentaba un gran interés jurídico al encontrarse derogada en su momento, *vid.* Gai. 1.171: *Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.*

1.3. LA TUTELA TESTAMENTARIA

A pesar de que algunos testimonios sitúan la aparición de la tutela testamentaria en los albores de la monarquía romana³⁵, diversas fuentes jurídicas remontan su origen a la publicación de la ley de las XII Tablas. A este respecto, en un texto del comentario de Gayo al Edicto provincial se afirma que la ley decenviral reconocía al *pater familias* la facultad de designar tutores por vía testamentaria para los descendientes considerados incapaces que devenían *sui iuris* en el momento de su fallecimiento.

Gayo, 12 ad Ed. prov., D. 26.2.1 pr.: *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.*

En la misma línea tenemos constancia de otro fragmento del Digesto, atribuido a Paulo, donde se reconocía la posibilidad de nombrar un tutor a través del testamento, independientemente de que este ocupase la magistratura de pretor o de cónsul, porque así lo habían establecido las XII Tablas.

Paulo, 8 ad Ed., D. 26.2.20.1: *Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is praetor sive consul sit, quia lex duodecim tabularum id confirmat.*

Sobre este mismo planteamiento de partida, el autor de *Tit. Ulp.* consideraba que la posibilidad de instituir tutores por vía testamentaria estaba reconocida expresamente en la disposición decenviral sobre el *uti legassit*³⁶. Sin embargo, como indicamos en el capítulo anterior, la versión propuesta no solo no concordaba con la redacción original, sino que además esa disposición no aludía a la forma testamentaria y no parece que el término “*tutelave*” hiciera referencia a la institución tutelar. En realidad, esta afirmación debe entenderse como el resultado de la interpretación jurisprudencial que se realiza en época postdecenviral sobre esa misma disposición decenviral³⁷.

³⁵ En consonancia con esa interpretación, Liv. 1.32.12 recuerda que Tarquinio Prisco fue nombrado tutor de los hijos del rey Anco Marcio por vía testamentaria (*tutor... liberis regis testamento institueretur*), designación que habría tenido lugar a finales del siglo VII a.C.

³⁶ *Tit. Ulp.* 11.14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: "uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto": qui "tutores dativi" appellantur.*

³⁷ ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 446 nt. 74, destaca que el autor del *Epitome Ulpiani* parece realizar una clara distinción sobre el origen decenviral de las formas de tutela al hablar de “*confirmari*” en el caso de la tutela testamentaria (*Tit. Ulp.* 11.14), en lugar de emplear el término “*introduc*” que se había utilizado en relación con la tutela legítima (*Tit. Ulp.* 11.13).

Una vez rechazada la posibilidad de que la tutela testamentaria apareciese reconocida en la disposición sobre el *uti legassit*, cabe preguntarse si al menos puede aceptarse que su origen se remontaba a la ley de las XII Tablas. En este sentido, tanto el texto de Gayo como el de Paulo parecen confirmar de manera taxativa la existencia de la tutela testamentaria en época decenviral. En cambio, un análisis algo más detallado de estos fragmentos puede poner en entredicho tal afirmación.

Con respecto al fragmento atribuido a Gayo, llama la atención que no existan otros rastros de una afirmación semejante en sus instituciones. Esta constatación resulta si cabe más sorprendente teniendo en cuenta que en diversos pasajes de esta obra se reconocía expresamente que la ley de las XII Tablas regulaba la tutela legítima³⁸, la tutela de las mujeres³⁹ o la tutela del patrono⁴⁰. Sin embargo, el jurista guarda silencio cuando se refiere al origen de la tutela testamentaria⁴¹. Conociendo su rigor histórico, resulta inconcebible que Gayo conociese el origen decenviral de la tutela testamentaria, pero sin embargo omitiese esa referencia en su obra principal.

En relación con el texto de Paulo, no parece caber duda de que nuevamente nos encontramos ante un pasaje interpolado, pues en ningún caso puede aceptarse que la ley de las XII Tablas aludiese al cargo de pretor. El contenido del fragmento constituye un evidente anacronismo histórico que impide confiar en la datación histórica que remonta el origen de la tutela testamentaria a la ley decenviral.

Estos indicios nos llevan a pensar que ambos textos sufrieron modificaciones⁴². Sin embargo, mientras que la supresión de cualquier mención a la tutela de las mujeres resulta explicable por tratarse de una figura obsoleta⁴³, resulta más complicado entender las causas que habrían motivado una interpolación que tuviera como finalidad afirmar el origen decenviral de la tutela testamentaria.

³⁸ Gai. 1.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

³⁹ Gai. 1.157: *Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores.*

⁴⁰ Gai. 1.165: *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et inpuerum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet.*

⁴¹ Gai. 1.144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: Masculini quidem sexus inpueribus, feminini vero inpueribus puberibusque, vel cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

⁴² VOGLI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 72.

⁴³ SOLAZZI, S., *Studi sulla tutela*, cit., p. 17.

En este sentido, no deja de sorprender que para indicar la procedencia decenviral de la tutela testamentaria ambos fragmentos utilicen el verbo *confirmare*, que como es evidente alude a la noción de otorgar consistencia o firmeza. Esta coincidencia nos lleva a pensar que es posible que tanto el pasaje de Gayo como el de Paulo no afirmasen que la tutela testamentaria estuviera reconocida expresamente en las XII Tablas, sino que en la ley decenviral se encontraba su fundamento último.

De acuerdo con la tradición jurídica romana se tenía constancia de que la tutela testamentaria hundía sus raíces en la ley de las XII Tablas, aunque en realidad esta institución tutelar habría surgido como resultado de la interpretación jurisprudencial posterior⁴⁴. Sin embargo, los compiladores de la época bajoimperial habrían mostrado mayor preocupación por confeccionar un ordenamiento jurídico coherente y ordenado, lo que podría explicar que hubieran decidido suprimir disquisiciones históricas que no aportaban ningún contenido sustancial a estos fragmentos.

Como resultado de esas modificaciones se entiende que parte de la doctrina haya interpretado que la tutela testamentaria estaba regulada en las XII Tablas. Sin embargo, de acuerdo con nuestra reconstrucción histórica, la ley decenviral sólo contemplaría la tutela legítima como única forma de tutela. Las alusiones decenvirales al testamento se referían a las formas testamentarias primitivas, que no permitían el nombramiento de un tutor testamentario, pues su finalidad se encaminaba a proporcionar un heredero para aquellos *pater familias* que carecían de *sui heredes*⁴⁵.

Consecuentemente, la aparición de la tutela testamentaria solo habría podido tener lugar en un estadio histórico posterior, cuando se produce el abandono de las antiguas tradiciones y el paulatino crecimiento del comercio termina desembocando en una ruptura de los límites que tradicionalmente se habían establecido en el antiguo derecho sucesorio romano. En respuesta al creciente interés social por los elementos patrimoniales, la jurisprudencia postdecenviral habría entonces terminado elaborando un verdadero testamento con la finalidad de que los ciudadanos romanos pudieran disponer con mayor libertad de su patrimonio *mortis causa*.

⁴⁴ En este sentido, VOCI, P., *Diritto ereditario*, p. 67, utiliza la expresión “concentración histórica” para referirse al fenómeno que consistía en considerar que el origen de ciertas figuras jurídicas se remontaba a la misma ley de las XII Tablas, cuando en realidad se trataba de instituciones que se constituyen como resultado de la interpretación jurisprudencial de la época postdecenviral.

⁴⁵ *Vid. supra* capítulo V apartado 4.2.

Como hemos destacado anteriormente⁴⁶, la aparición de la *mancipatio familiae* supuso un paso determinante en el derecho sucesorio porque abrió la puerta a que los romanos pudieran ordenar sus propias sucesiones hereditarias sin tener que adaptarse a los rígidos límites formales impuestos para las antiguas formas testamentarias. Aunque todavía se trataba de un instrumento imperfecto⁴⁷, estableció las bases de una notable expansión de la libertad dispositiva del causante que con el tiempo terminará fraguando en el reconocimiento de la tutela testamentaria.

A medida que los romanos tomaron conciencia de la utilidad que podía llegar a proporcionar la utilización de esta figura jurídica a la hora de realizar transmisiones hereditarias *mortis causa*, fueron ampliando paulatinamente su alcance. En este sentido, la principal limitación que originariamente constreñía a la *mancipatio familiae* es que consistía en un acto de disposición estrictamente patrimonial. A consecuencia de ello, no se podía disponer de elementos que presentaban un marcado carácter personal como sucedía en el caso de la tutela. Con el objetivo de salvar esta restricción, es probable que la jurisprudencia romana interpretase de forma extensiva que la entrega temporal de los bienes patrimoniales al *familiae emptor* por parte del mancipante se pudiera alargar hasta el momento en que el destinatario de los mismos finalmente alcanzase la pubertad y pudiera administrarlos por sí mismo⁴⁸.

En todos aquellos supuestos en que el destinatario final del patrimonio familiar todavía no tuviese capacidad suficiente para gestionar sus propios bienes y careciese de un tutor legítimo, el *familiae emptor* se podría considerar una especie de administrador temporal de ese patrimonio ajeno. Si bien no puede hablarse todavía de una actividad tutelar, los romanos no debieron tardar mucho tiempo en relacionar ambas funciones. No obstante, el reconocimiento oficial de la tutela testamentaria no parece que pudiera producirse hasta la aparición del testamento *per aes et libram*.

⁴⁶ Vid *supra*. capítulo V apartado 4.4.

⁴⁷ En este sentido SCHERILLO, G., *Il testamento*, cit., p. 211, recuerda que la *mancipatio familiae* exigía adaptar la transmisión de los bienes patrimoniales a las solemnidades del antiguo negocio mancipatorio, lo que necesariamente implicaba encontrar a un tercero que ocupase la posición de intermediario para que recibiera el patrimonio familiar y lo transmitiera a otras personas a la muerte del mancipante. En este sentido, cabe recalcar que la *mancipatio familiae* no era un verdadero testamento, sino que su naturaleza estaba más próxima a los negocios fiduciarios.

⁴⁸ Al respecto, VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 94, considera que esta función pudo ser encomendada expresamente por el propio mancipante o, incluso, que el *familiae emptor* tomase la propia iniciativa de administrar el patrimonio del impúber en ausencia de tutores legítimos.

A partir de ese momento se reconoce al *pater familias* la facultad de designar en el testamento al tutor de los hijos de familia que se encontrasen inmediatamente sometidos a su *dominium*⁴⁹; a este respecto, las instituciones de Gayo indican que la posibilidad de nombrar tutor testamentario no solo se limitaba a los hijos de familia impúberes y mujeres sometidas a su potestad (Gai. 1.144; 145), sino que también se extendía sobre los nietos inmediatamente sometidos a su potestad (Gai. 1.146), sobre los eventuales hijos póstumos (Gai. 1.147) e incluso sobre su nuera cuando esta no se encontrase sometida a la *manus* de su hijo (Gai. 1.148). El reconocimiento de esta facultad testamentaria implicaba una evidente ruptura con el orden de sucesión natural que existía en favor de los herederos del pupilo.

Frente a las estrictas limitaciones que por razón del parentesco imponía la tutela legítima, el nombramiento a través de la vía testamentaria únicamente requería que la persona designada fuese un varón⁵⁰ que ostentase *testamenti factio* pasiva⁵¹. Esta simple exigencia suponía que el nombramiento de tutor testamentario pudiera recaer sobre personas que no solo no ostentasen la condición de heredero pupilar, sino que tampoco pertenecieran a la comunidad familiar, pues la voluntad del causante se anteponía a la antigua ordenación familiar del fenómeno sucesorio⁵².

Dado que el nombramiento de tutor testamentario rompía con la ordenación tradicional, desde el primer momento se establecieron diversos requisitos con el fin de evitar equívocos en el nombramiento. En este sentido, además de encontrarse recogida en un testamento que contuviera una *heredis institutio*⁵³, la designación testamentaria exigía la utilización de ciertas fórmulas solemnes imperativas⁵⁴, que todavía aparecen recogidas en un famoso pasaje de las instituciones de Gayo.

⁴⁹ Escévola, *l.S. horwn.*, D. 50.17.73.1: *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve esset, si vixisset.*

⁵⁰ Nerva, 3 *reg.*, D. 26.1.18: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.*

⁵¹ Paulo, 8 *brev.*, D. 26.2.21: *Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est.*

⁵² La prevalencia de la voluntad patriarcal, manifestada a través de la vía testamentaria, sobre la antigua ordenación legítima se manifiesta claramente en Gai. 1.144; *Epit. Gai.* 1.7.2; *Tit. Ulp.* 11.14 ss.; *Inst.* 1.13.3 ss.; D. 26.2-3; C.I. 5.28-29.

⁵³ *Cfr. Frag. Vat.* 229.

⁵⁴ Con respecto a los denominados *verba legitima* a los que aludía Gayo, SOLAZZI, S., «Da “*tutorem do*” a “*tutor esto*”», en *SDHI*, 13-14 (1947-1948), pp. 301 ss. (= *Scritti* 6, cit., pp. 559 ss.), ha defendido que originariamente debía utilizarse la fórmula “*tutorem do*” y solo con posterioridad se habría incorporado al lenguaje jurídico de la época antigua la expresión “*tutor esto*”.

Gai. 1.149: *Rectissime autem tutor sic dari potest: LUCIUM TITIVM LIBERIS MEIS TUTOREM DO" vel UXORI MEAE TUTOREM DO*⁵⁵. *Sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS vel UXORI MEAE TITIVS TUTOR ESTO*⁵⁶, *recte datus intellegitur.*

Aunque durante el período republicano se respetaron estas exigencias formales, con el paso del tiempo se tiende a flexibilizar su cumplimiento. En este sentido, las fuentes dan constancia de la aceptación de nombramientos de tutores testamentarios realizados irregularmente por el *pater familias* o en los que el pupilo no se encuentra bajo la potestad del testador⁵⁷. En estos supuestos se habla de *tutoris confirmatio*⁵⁸, aunque esta realidad la creciente intervención pública ponía de manifiesto que la nueva tutela testamentaria presentaba contornos bien diferenciados con respecto a la naturaleza tradicional de la originaria institución tutelar⁵⁹.

A pesar de que la designación como tutor testamentario todavía era concebida como una potestad en favor del tutor, no cabe duda de que presentaba ciertos rasgos asistenciales que se ajustaban a la creciente preocupación social por la situación de los menores desamparados. En este sentido, el abandono de las relaciones de fraternidad interfamiliares generaba cierta desconfianza hacia los tutores legítimos designados en función del parentesco. En contraposición a ellos, se prefiere confiar en la decisión del *pater familias* para nombrar al tutor más conveniente⁶⁰, hasta el punto de que se tiende a salvar cualquier irregularidad en los nombramientos testamentarios.

⁵⁵ Además del fragmento gayano, esta fórmula aparece mencionada en Ulpiano, 39 *ad Sab.*, D. 26.2.16 pr.; Javoleno, 8 *ex post. Lab.*, D. 26.2.33; Pomponio, 8 *ad Q. Muc.*, D. 50.16.122; *Frag. Vat.* 229-230.

⁵⁶ Además del fragmento gayano, esta fórmula aparece mencionada en Ulpiano, 24 *ad Sab.*, D. 26.2.8.3; Africano, 8 *quaest.*, D. 26.2.23 pr.-1; Paulo, 9 *resp.*, D. 26.2.32.2; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.9; Trifonino, 13 *disp.*, D. 27.1.45 pr.-1.

⁵⁷ Así sucede, por ejemplo, en el caso de los hijos emancipados, *vid.* Modestino, 6 *excus.*, D. 26.3.1.1; Paulo, 7 *quaest.*, D. 27.1.32, o de los hijos desheredados, *vid.* Modestino, 7 *diff.*, D. 26.2.4; Ulpiano, 36 *ad Sab.*, D. 26.2.10.2; Escévola, 4 *quaest.*, D. 26.2.31.

⁵⁸ Sobre la posibilidad de confirmar nombramientos tutelares testamentarios en época avanzada, *cfr.* Gai. 1.149; Modestino, 6 *excusat.*, D. 26.3.1.1; 3; 10. C.I. 5.29.2 (a. 226); 5.29.3 (a. 228).

⁵⁹ En estos casos, parece que los nombramientos de tutor testamentario confirmados por el poder público no debían ser considerados tutores testamentarios en sentido estricto, a tenor del testimonio de Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.2.3.1: *Sed eos demum testamento datos accipere nos oportet, qui iure dati sunt.*

⁶⁰ En este sentido, el nombramiento como tutor testamentario se interpreta como una manifestación de estima por parte del testador, pues se trataba de una designación fundamentada en la amistad y lealtad como destacaba Paulo, 9 *resp.*, D. 27.1.36: *Amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam honore legati eos persequi.*

Como consecuencia de esa naturaleza mixta se incrementan tanto las funciones⁶¹ como las responsabilidades del tutor testamentario⁶², de tal forma que se comienza a considerar el nombramiento como una cierta carga. Por este motivo, en paralelo a lo que sucedía en el régimen de la sucesión testamentaria, el cargo de tutor testamentario se caracteriza por su voluntariedad. A diferencia de lo que sucedía con la tutela legítima, los tutores testamentarios debían realizar un acto de aceptación del cargo y, a pesar de que no podían transmitir el ejercicio del mismo a un tercero⁶³, estaban facultados para renunciar a la tutela mediante la denominada *abdicatio tutelae*.

Aunque carecemos de información con respecto a la época más antigua, parece que originariamente la *abdicatio tutelae* no habría requerido de muchas formalidades⁶⁴. Posiblemente lo único que se exigía era realizar una comunicación en presencia de un determinado número de testigos con el objetivo de hacer pública su renuncia al cargo. De esta forma, el tutor testamentario contaba con una amplísima capacidad de actuación a la hora de renunciar al cargo, pues originariamente podía realizar la *abdicatio tutelae* en cualquier momento y sin necesidad de aducir causas justificativas.

En este sentido, cabe pensar que en el caso de realizar una renuncia intempestiva o completamente injustificada no resultase sancionado jurídicamente, pues únicamente podía ser reprobado desde el punto de vista social. Como consecuencia de esta facultad prácticamente ilimitada para poner fin a la tutela, con el paso del tiempo es posible que se generalizasen las renunciaciones caprichosas a cargos que cada vez suponían una mayor carga para su titular. Con el fin de acabar con prácticas que desvirtuaban el sentido de la institución tutelar, se debieron implantar diversas medidas encaminadas a restringir la amplísima capacidad de renuncia de la época antigua.

⁶¹ Vid. *infra* capítulo VI apartado 3.2.

⁶² Vid. *infra* capítulo VI apartado 3.3.

⁶³ Pese a que ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 452 nt. 109, no descarta que originariamente el tutor testamentario también pudiera realizar una *in iure cessio tutelae*, KASER, M., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 288, considera que el tutor testamentario nunca podría haber transmitido a un tercero el ejercicio de su cargo porque su nombramiento se había fundamentado en la confianza que el *pater familias* había depositado en esa persona concretamente. Desde nuestro punto de vista, debemos recordar que la *in iure cessio tutelae* no debería interpretarse como una manifestación del carácter potestativo del cargo tutelar, sino que se trata de un mecanismo jurídico que trata de conjugar la efectividad de la tutela con el hecho de que se trataba de una potestad que debía mantenerse en el ámbito familiar. Dado que la nueva tutela testamentaria rompe con ese requisito, no parece que existieran realmente motivos para conservar esa facultad a disposición de un tutor que podía ser extraño al grupo familiar.

⁶⁴ *Tit. Ulp. 11.17: ... abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse.*

La principal limitación en relación con la *abdicationis tutelae* parece remontarse a las reformas impulsadas por el emperador Claudio con la finalidad de otorgar algunas competencias en materia tutelar a los cónsules. Entre las nuevas facultades conferidas a estos magistrados destacaba la posibilidad de nombrar tutores de oficio, tal y como hasta ese momento venían haciendo los pretores y tribunos⁶⁵. En consonancia con esa nueva competencia, también se habría concedido a los cónsules la facultad de notificar a los tutores testamentarios que una renuncia injustificada a desempeñar sus funciones tutelares podía ser sancionada *extra ordinem*.

Esta nueva competencia pone de manifiesto que en época del emperador Claudio había desaparecido la posibilidad de abdicar libremente al cargo de tutor testamentario, pues ahora podía exigirse cierta responsabilidad al tutor por los perjuicios sufridos por el pupilo como consecuencia de una renuncia sin causa justificativa.

Frag. Vat. 155: Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more. Nec in infinitum captiosi silentii tempus, per quod res interfrigescat, concessum sibi credant: hi qui Romae vel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere aut capessere administrationem; ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus consules amplissimi decreverunt periculo suo eos cessare.

A partir de la aparición de los decretos que *decreverunt periculo suo eos cessare* parece que finalmente se habría terminado extendiendo el régimen de las *excusationes*, propio de la tutela dativa, al ámbito de la tutela testamentaria. Aunque se desconoce el procedimiento empleado tras implementarse las reformas del emperador Claudio, es posible que en un primer momento se articulase la proposición de *excusationes* a través de la apelación contra el decreto del cónsul que declaraba *suo periculo eum cessare* con el objetivo de motivar la causa de su renuncia al cargo⁶⁶.

⁶⁵ En este sentido, ALBANESE, B., *Le persone*, p. 459 nt. 145, señala que a pesar de la afirmación contenida en las Instituciones de Justiniano (Inst. 1.20.3), no parece que esta competencia consular implicase la eliminación de esta facultad en favor de los pretores y tribunos.

⁶⁶ No obstante, partiendo de una incompatibilidad entre el régimen de la *abdicationis tutelae* y el régimen de las *excusationes*, algunos autores como SOLAZZI, S., *Istituti tutelari*, cit., pp. 41 ss., defienden que los tutores testamentarios se excusaban antes de que los cónsules emitiesen su decreto y, en consecuencia, que únicamente apelaban en el caso de que sus *excusationes* no fueran admitidas.

El régimen de la *excusatio tutelae* estaba originariamente ideado para liberar a aquellos tutores nombrados de oficio por un magistrado, que dada la obligatoriedad de su cargo no podían transferir el ejercicio de las funciones tutelares a través de la *in iure cessio tutelae*, ni tampoco renunciar al cargo mediante la *abdicatio tutelae*⁶⁷. En estas circunstancias la única posibilidad que ostentaban los denominados tutores dativos para desvincularse de sus obligaciones pasaba por presentar una *excusatio* que se ajustase a las causas previstas jurídicamente para abandonar la tutela.

Como hemos señalado anteriormente, si bien en un primer momento la tutela testamentaria presentaba ciertos rasgos potestativos, al menos a partir de las reformas emprendidas por el emperador Claudio parece concebirse más como una carga onerosa que como una verdadera potestad en favor del tutor. Desde esta nueva perspectiva, resulta comprensible que al tratarse de un cargo de carácter asistencial y obligatorio, con el tiempo se terminase aplicando el régimen de las *excusationes*.

En este sentido, dos fragmentos atribuidos a Ulpiano recuerdan que los tutores testamentarios pudieron acogerse directamente al régimen de las *excusationes* a partir de una reforma impulsada por el emperador Marco Aurelio en la que se reconoce un plazo para alegar la excusa tras conocer el nombramiento como tutor.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.1.1: *Ex quo scit se tutorem datum si cesset tutor, suo periculo cessat: id enim a divo Marco constitutum est, ut, qui scit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.*

De esta forma, la reforma de Marco Aurelio habría simplificado el proceso para alegar la *excusatio*, sin necesidad de que los tutores testamentarios tuvieran que apelar contra el decreto del cónsul que declaraba *suo periculo eum cessare*.

Ulpiano, 1 *de appellat.*, D. 49.4.1.1: *Si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui ius dandi habet, non oportet eum provocare (hoc enim divus Marcus effecit), sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet et, si fuerit repulsa, tunc demum appellare debet: ceterum ante frustra appellatur.*

⁶⁷ Vid. *infra* capítulo VI apartado 1.4.

De acuerdo con el testimonio de Modestino⁶⁸, esta medida fue posteriormente confirmada por una constitución de Septimio Severo y Caracalla en la que se reiteraba que tanto los tutores dativos como los tutores testamentarios no tenían que apelar contra el decreto de los cónsules para solicitar la *excusatio tutelae*⁶⁹. Por el contrario, bastaba con que solicitasen directamente la renuncia de sus funciones tutelares alegando alguna de las causas justificativas que contemplaban esa exoneración.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la muerte del emperador Marco Aurelio tuvo lugar en el año 180 d.C., resulta cuando menos sorprendente que en *Tit. Ulp.* 11.17 todavía encontremos una referencia directa a la *abdicatio tutelae* a cuenta de los tutores designados a través de la vía testamentaria⁷⁰.

Tit. Ulp. 11.17: *Si capite diminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor. "Abdicare" autem est dicere, nolle se tutorem esse; in iure cedere autem tutelam testamento datus non potest; nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.*

Aunque a primera vista parece que podría tratarse de un anacronismo, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina considera que esta afirmación podría hacer alusión exclusivamente a la tutela de las mujeres⁷¹. De esta forma, la *abdicatio tutelae* volvería a poner de manifiesto las notables diferencias que caracterizan el discurrir evolutivo de las dos principales modalidades tutelares. Mientras que la *tutela impuberum* evoluciona progresivamente hasta convertirse en un cargo asistencial, la *tutela mulierum* conserva sus primitivos rasgos potestativos y, consecuentemente, se mantiene vigente la facultad de *abdicare tutelae* en lugar de imponerse el regimen excusatorio.

⁶⁸ Modestino, 4 *excus.*, D. 27.1.13 pr.

⁶⁹ Sin embargo, varias fuentes jurídicas posteriores a la reforma de Marco Aurelio admiten la posibilidad de que se pudiera seguir realizando tal apelación (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.5.2; Ulpiano, *de off. procons.*, D. 26.7.20; Papiniano, 5 *resp.*, D. 26.7.39.6), lo que ha llevado a algunos autores como ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 473, a afirmar que probablemente el procedimiento establecido por Marco Aurelio no habría suprimido el cauce de la apelación. A modo de hipótesis este autor planteaba que podría haber subsistido para supuestos en los que se constataba algún tipo de irregularidad formal en las designaciones tanto de tutores testamentarios como de tutores dativos.

⁷⁰ En el mismo sentido, también tenemos constancia de otra alusión a la facultad de abdicar de los tutores testamentarios en el fragmento 48 de los *Scholia Sinaitica*, que como es sabido, reciben ese nombre porque se trata de un conjunto de comentarios en griego a los comentarios de Ulpiano sobre la obra de Sabino, que fueron encontrados en el monasterio de Santa Catalina del monte Sinai.

⁷¹ En este sentido se manifiestan, entre otros muchos, BONFANTE, P., *Corso I*, cit., p. 584; SOLAZZI, S., *Abdicatio tutelae*, cit., pp. 95 ss.; ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 452 nt. 107.

En resumen, parece poder concluirse que de la misma forma que la *in iure cessio tutelae* se acomodaba a la naturaleza potestativa de la *tutela impuberum* legítima, la *abdicio tutelae* concordaba con el carácter mixto de la tutela testamentaria. Dado que esta nueva modalidad tutelar requería un acto expreso de aceptación y ya no se consideraba inamovible, el tutor tenía la facultad de renunciar libremente al cargo. Ahora bien, esta situación cambia por completo a partir de la consolidación de la tutela testamentaria en un cargo oneroso.

Con el objetivo de eludir las pesadas obligaciones que ahora conllevaba el cargo, muchos tutores testamentarios optaron por acudir a la *abdicio tutelae* para conseguir desentenderse de la designación como tutor testamentario. Ante el abuso reiterado de este mecanismo jurídico, tenemos constancia de que se impulsaron diversas reformas para limitar el ejercicio de esta facultad, de tal manera que se habría terminado considerando la tutela testamentaria como un cargo obligatorio al que podría aplicarse el mismo régimen de las *excusationes* que a la tutela dativa.

1.4. UNA TUTELA IMPUESTA DESDE LOS PODERES PÚBLICOS

También durante la época antigua existía la posibilidad de que algunos órganos públicos designasen un tutor con el fin de que se encargase de gestionar adecuadamente los asuntos patrimoniales de aquellos menores *sui iuris* que carecían de tutor legítimo o testamentario. Aunque parece que en origen esta tutela habría sido designada como “legítima”, las fuentes de época justiniana aluden a una cierta tutela dativa⁷².

A pesar de que no disponemos de fuentes que corroboren la antigüedad de las primeras designaciones tutelares impulsadas desde el poder público, posiblemente estas prácticas se remontasen a la aparición del *tutor praetorius*. Como su nombre indica, se trataba de una figura jurídica nombrada por parte de un pretor para aquellos supuestos en los que un menor impúber o una mujer sometidos a tutela se encontraban inmersos en un litigio procesal contra sus propios tutores. De acuerdo con *Tit. Ulp.* 11.24 esta modalidad tutelar habría sido instaurada en virtud de los *mores maiorum*.

Tit. Ulp. 11.24: Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest), qui "praetorius tutor" dicitur, quia a praetore urbis dari consuevit.

En consonancia con este texto, otro pasaje de las instituciones de Gayo destaca la antigüedad del *tutor praetorius*, pues recuerda incluso que esta figura tutelar intervenía en el sistema civil de las acciones de la ley.

Gai. 1.184: Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: Nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: Qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.

⁷² Aunque algunas fuentes utilizan la calificación de tutor dativo para referirse al tutor testamentario (*tutor testamento datus*; vid. *Gai.* 1.154; *Tit. Ulp.* 11.14), en el Código de Justiniano se diferencia entre tutela “*sive testamentaria sive legitima sive dativa*” (C.I. 1.3.51(52) pr. (a. 531)) e incluso se afirma expresamente que los tutores dativos son designados desde los poderes públicos (C.I. 5.30.5.2 (a. 529)).

También designados por un magistrado, aunque posiblemente posteriores en el tiempo, las fuentes antiguas hacen referencia a dos nuevas clases de tutores. Por un lado se encuentra el denominado *tutor ad augmentum datus*⁷³, que era designado con el fin de gestionar los nuevos conjuntos patrimoniales que, de manera sobrevenida, recaían bajo la titularidad del pupilo. Por otra parte, se procedía al nombramiento de un *tutor temporarius* cuando se requería el desempeño de las funciones tutelares durante un plazo de tiempo claramente delimitado⁷⁴. Sin embargo, con el tiempo estas funciones terminaron recayendo en manos del *curator impuberis*⁷⁵.

Ahora bien, a pesar de estos antecedentes no se puede hablar de generalización de tutores designados desde los poderes públicos hasta la publicación de la *lex Atilia*⁷⁶. En virtud de este plebiscito se establecía que el pretor urbano, asistido por la mayor parte de los tribunos de la plebe⁷⁷, debía encargarse de nombrar un tutor para aquellos impúberes o mujeres que ostentando la condición de personas *sui iuris*, careciesen de un tutor legítimo o un tutor testamentario⁷⁸. A partir de ese momento habría comenzado a extenderse la designación de los llamados tutores dativos.

⁷³ Ulpiano, 36 ad Ed., D. 26.7.9.8: *Constat eum, qui ad augmentum datur, ut puta ad bona materna quae postea accesserunt vel ad quid aliud augmentum, administrare bona pristina non solere. si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit vel satis ab eo exigere, plectetur.*

⁷⁴ Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.5.2: *Cum quidam tutores dati appellassent, quidam autem non adessent, divus Pius rescripsit dandum temporarium tutorem, qui tutela fungatur.*

⁷⁵ En algunos casos se habla incluso de un *curator impuberis ad augmentum*, cfr. Ulpiano, 36 ad Ed., D. 26.7.9.9; C.I. 5.36.5 pr. (a. 294).

⁷⁶ Aunque se desconoce la fecha exacta de promulgación de la *lex Atilia*, mientras que algunos autores como ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, cit., p. 275 estiman que pudo promulgarse en el año 186 a.C., la mayor parte de las exposiciones de derecho romano modernas se inclinan por situarla en el año 210 a.C.; en este sentido se pronuncian TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 160; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 256; a pesar de que BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 279, hace referencia a una fecha “databile tra la fine del III e l’inizio del II secolo a.C.”.

En todo caso, no cabe duda de que debió promulgarse antes del año 186 a.C, puesto que el historiador Tito Livio, en su referencia del senadoconsulto de *Baccanalibus*, menciona que en ese año se habría designado a un tutor por el pretor y los tribunos de la plebe (Liv. 39.9). Ahora bien, el propio Livio también recuerda que el tribunado de la plebe correspondió a un tal *L. Atilius* en el año 210 a.C., con lo que da pie a sostener cualquiera de las dos teorías anteriormente mencionadas.

⁷⁷ De acuerdo con la hipótesis propuesta por SOLAZZI, S., «La “*lex Atilia*” nel Digesto», en *Scritti di diritto romano III*, cit., pp. 103 ss., siguiendo la opinión de Mitteis, es posible que el requisito que exigía el acuerdo de la mayor parte de los tribunos de la plebe fuese introducido para limitar una competencia anteriormente exclusiva del pretor.

⁷⁸ No cabe duda de que la *lex Atilia* preveía el nombramiento de un tutor por parte de los magistrados en el supuesto de que no existieran (como se manifiesta claramente en Gai. 1.185 e Inst. 1.20 pr. y parece confirmarse a tenor de la lectura de *Tit. Ulp.* 11.18; *Epit. Gai* 1.7.2 y Marciano, 5 reg., D. 26.5.10) o exista incertidumbre sobre su existencia (como parece deducirse de Gai. 1.186-187).

Con posterioridad en el tiempo, esta nueva modalidad tutelar habría tendido a propagarse por todo el territorio bajo dominio romano. En primer lugar, una *lex Iulia et Titia* reconoce a los gobernadores de provincia la facultad de designar tutores dativos para todos aquellos impúberes *sui iuris* que residieran en su territorio provincial⁷⁹, y con posterioridad, esta competencia terminará por extenderse también a los magistrados que dirigen el gobierno de los municipios y colonias⁸⁰.

Cualquiera de estos magistrados estaba totalmente facultado para nombrar a un tutor dativo en su correspondiente ámbito competencial⁸¹. No obstante, para que estos nombramientos adquirieran validez jurídica debían plasmarse en un *decretum*⁸², donde apareciese indicado el nombre del tutor o tutores propuestos por el magistrado⁸³ después de haber llevado a cabo las indagaciones oportunas sobre la adecuación de cada uno de los posibles candidatos⁸⁴. Una vez publicado el *decretum*, debía comunicarse la decisión del magistrado al tutor que hubiera resultado elegido⁸⁵.

⁷⁹ Aunque las fuentes se refieran a la *lex Iulia et Titia* como una sola disposición normativa (así parece deducirse de la lectura de Gai. 1.185; 1.195; *Tit. Ulp.* 11.18; *Inst.* 1.20 pr.), que de conformidad con la opinión de ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 460 nt. 149 debe situarse en los inicios del gobierno de Augusto, ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, cit., pp. 439 ss. planteó la posibilidad de que en realidad se tratase de dos *leges* distintas: por un lado la *lex Titia de tutela* y por otro la *lex Iulia de tutela*. En apoyo de esta interpretación, cabe destacar que en los *Scholia Sinaitica* 20.54 únicamente se aludía a una *lex Titia* de manera individual.

⁸⁰ *Cfr. Frag. Vat.* 191; Ulpiano, 2 *ad Ed.*, D. 26.1.10; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.4.5.3; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 26.5.3; Paulo, 16 *ad Plaut.*, D. 26.5.19; Ulpiano, 3 *disput.*, D. 27.8.2.

⁸¹ Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 26.5.3: *Ius dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus eoque iure utimur, sed illum, qui ab eodem municipio vel agro eiusdem municipii est.* *Cfr. Paulo*, 9 *resp.*, D. 26.5.24; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.8.1.10; Modestino, 1 *excus.*, D. 27.1.1.4; Modestino, 4 *excus.*, D. 27.1.13.12; C.I. 5.34.5 (a. 293).

⁸² Son numerosas las fuentes que se refieren al *decretum* de nombramiento del tutor dativo, *vid. Frag. Vat.* 147; 156; 246; Escevola, 2 *resp.*, D. 26.5.26; Paulo, 9 *ad Ed.*, D. 26.7.24; Papiniano, 9 *def.*, D. 26.9.6; Papiniano, 5 *resp.*, D. 27.1.28 pr.; Paulo, 6 *quaest.*, D. 27.1.31 pr.; C.I. 5.62.3 (a. 206); C.I. 5.62.6 pr. (a. 224); C.I. 5.34.6 (a. 293); C.I. 5.37.19 (a. 294); C.I. 5.46.3 (a. 293).

⁸³ En relación con la obligación de nombrar a los tutores aparecen referencias en Modestino, 1 *excus.*, D. 26.6.2.2; Paulo, 9 *resp.*, D. 26.5.24; C.I. 5.31.2 (a. 215); C.I. 5.34.6 (a. 293).

⁸⁴ En relación con el proceso inquisitorio que debían realizar los magistrados antes de pronunciarse sobre la idoneidad de la persona escogida como tutor dativo encontramos referencias en diversos fragmentos: Ulpiano, 61 *ad Ed.*, D. 26.5.18; Paulo, 9 *resp.*, D. 26.5.24; Escevola, 2 *resp.*, D. 26.5.26; Trifonino, 13 *disp.*, D. 26.6.4.4; C.I. 5.42.4 (a. 294).

⁸⁵ Todo apunta a que ya en época clásica existía la obligación de informar acerca del nombramiento a la persona que hubiera sido designada como tutor, especialmente cuando se encontraba ausente, como se pone de manifiesto un fragmento de Modestino, 4 *excus.*, D. 27.1.13.1 y también en *Frag. Vat.* 156. Gracias al testimonio de Paulo, tenemos noticia de que un rescripto imperial emitido por Marco Aurelio habría impuesto la obligación de notificar estas designaciones a los tutores ausentes en el plazo máximo de treinta días desde su nombramiento. Paulo, *l. s. de cogn.*, D. 26.5.29: *Si peregre agant qui tutores vel curatores dati sunt, ut intra diem trigesimum notum his a magistratibus fiat, divus marcus rescripsit.*

Todo este proceso parece que debía iniciarse a instancia del propio interesado en contar con un tutor dativo⁸⁶, sus parientes más cercanos, sus educadores⁸⁷, libertos pertenecientes a su propia familia⁸⁸ o incluso personas que se encontrasen en situación de mantener un litigio contra el pupilo⁸⁹. Sin embargo, no existe constancia de la posibilidad de que esta designación pudiera realizarse de oficio, es decir, sin una solicitud previa por parte de alguna de las personas mencionadas⁹⁰.

Con el objetivo de evitar que los menores quedasen desamparados en el ámbito jurídico y negocial, con el tiempo se impuso la obligación de que la madre legítima o los libertos del padre del impúber solicitasen el nombramiento de un tutor dativo. En el caso de que estas personas, escogidas por su especial cercanía para con el menor, no cumplieran con esta obligación, el ordenamiento jurídico preveía notables sanciones tanto para la madre⁹¹ como para los libertos⁹².

Como se puede observar, esta nueva modalidad de tutela se caracterizaba por el creciente intervencionismo del poder público en la esfera familiar. En contraposición a la naturaleza eminentemente potestativa que caracterizaba a las antiguas designaciones legítimas y testamentarias, el nombramiento de tutor dativo presentaba la consideración de un verdadero *munus publicum*. El cargo ya no se concebía como un derecho en favor del tutor, sino como una carga impuesta al tutor en beneficio del pupilo. Por ese motivo también aparece restringida la capacidad dispositiva del cargo.

⁸⁶ Pomponio, *3 ad Sab.*, D. 26.1.2: *Non est exigendum a pupillo, ut sibi tutorem petat aut ut ad tutorem suum proficiscatur.*

⁸⁷ Cfr. Modestino, *1 excus.*, D. 26.6.2 pr.; C.I. 5.31.4 (a. 215); C.I. 5.31.5 (a. 224); C.I. 5.31.10 (a. 294).

⁸⁸ Cfr. Modestino, *1 excus.*, D. 26.6.2.1; C.I. 5.31.2 (a. 214).

⁸⁹ Cfr. Modestino, D. 26.6.2.3; C.I. 5.31.4 (a. 216).

⁹⁰ Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.8.1.6: *Plane ubi servus publicus vel ipse magistratus stipulatur, dicendum est utilem actionem pupillo dandam.*

⁹¹ La sanción más importante impuesta contra la madre del pupilo que no prestaba la suficiente atención a la hora de proceder al nombramiento de un tutor para su hijo o que no controlaba el desempeño de las funciones una vez nombrado, consistía en la pérdida de los derechos hereditarios, tal y como recuerda Modestino, *1 excus.*, D. 26.6.2.2. Ahora bien, parece que se eximía de cualquier responsabilidad a la madre del pupilo, si el incumplimiento de sus obligaciones se había producido como consecuencia de una causa fortuita o involuntaria como podrían haber sido la pobreza (Ulpiano, *13 ad Sab.*, D. 38.17.2.26) o la ausencia no deliberada (Ulpiano, *13 ad Sab.*, D. 38.17.2.27).

⁹² De acuerdo con un rescripto del emperador Caracalla, en el caso de que el liberto no hubiera solicitado el nombramiento de un tutor para el hijo impúber *sui iuris* de su patrono, debía hacerse cargo de las consecuencias que pudieran derivarse de su omisión, *vid.*, C.I. 5.31.2: (Imp. Anton.) *Patroni tui filii si eius aetatis sunt, ut res eorum per tutores administrari debeant, cura adire praetorem et nomina edere, ex quibus tutores constituentur, ne, si cessaveris, obsequii deserti periculum subeas* (a. 215).

La persona designada como tutor dativo no tenía reconocida la facultad de ceder el ejercicio de la tutela a través de la *in iure cessio tutelae*, pero tampoco de renunciar al cargo mediante una *abdicatio tutelae*⁹³. Tal configuración se debía a que, si bien esta modalidad tutelar no se concebía, a diferencia de la tutela legítima, como una potestad intransmisible, tampoco podía admitirse que los tutores renunciases libremente a una designación que tenía como finalidad precisamente subsanar la situación de desamparo del menor que carecía de otra clase de tutores⁹⁴.

Por ese motivo, la mayor parte de la doctrina considera que el régimen de las *excusationes* apareció íntimamente vinculado a la tutela dativa⁹⁵. Se trata de un recurso jurídico que, como su propio nombre indica, posibilitaba que cualquier tutor dativo se pudiera excusar del nombramiento magistratual a través de la alegación de una excusa o motivo justificativo a causa del cual presumiblemente no iba a poder hacerse cargo del desempeño de las funciones tutelares encomendadas.

La *excusatio tutelae*, a la que también se refieren en las fuentes como *vacatio*⁹⁶, *privilegium*⁹⁷, *beneficium*⁹⁸ o *immunitas*⁹⁹, consistía en la dispensa del cargo de tutor otorgada por los poderes públicos en aquellos supuestos en los que se constataba que el peticionario estaba afectado por alguna de las causas, paulatinamente tasadas por la jurisprudencia, que justificaban la concesión de una medida tan excepcional.

⁹³ Vid. *supra* Schol. Sin. 48.

⁹⁴ Con respecto a la funcionalidad de la tutela dativa, CHEVREAU, E., «L'évolution de la tutelle romaine a travers le mecanisme de l'*excusatio tutelae*», en *Fundamina*, 20 (2014), p. 141, señala que “était une sorte d'expédient créé par la loi pour pallier le défaut de tuteur testamentaire ou légitime et auquel on ne pouvait se soustraire sans l'accord du magistrat et pour des motifs exceptionnels créant une impossibilité absolue de gestion de la tutelle. Il est facile d'imaginer que le tuteur datif, ne jouissant pas d'*abdicatio tutelae*, devait exposer au prêteur et aux tribuns les motifs personnels ou matériels en raison desquels il n'était pas en mesure de gérer le patrimoine du pupille”.

⁹⁵ En este sentido se pronuncian autores como PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 468; SOLAZZI, S., *Istituti tutelari*, cit., pp. 34 ss.; BONFANTE, P., *Corso I*, cit., p. 591; ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., pp. 495 ss.; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 280; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 358; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., p. 612; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 162; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 411 ss.; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 257; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 382; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho romano*, cit., p. 163; CHEVREAU, E., *L'évolution de la tutelle romaine*, cit., pp. 140 ss.

⁹⁶ Cfr. *Frag. Vat.* 124; 131-133; 137; 140-142; 144; 149; 224; 235; Calistrato, *4 de cogn.*, D. 27.1.17.3; 5-6; Paulo, *9 resp.*, D. 27.1.36.1; C.I. 5.62.10 (a. 229); C.I. 5.69.1.2 (a. 205).

⁹⁷ Cfr. *Frag. Vat.* 151; 152; 173 a; 223-225; Papiniano, *11 quaest.*, D. 27.1.24; Calistrato, *4 de cogn.* D. 27.1.17.3; 6; Ulpiano, *13 ad Sab.*, D. 38.17.2.32.

⁹⁸ Cfr. *Frag. Vat.* 154; Paulo, *7 quaest.*, D. 27.1.32.

⁹⁹ Cfr. *Frag. Vat.* 134; 138; 236; Calistrato, *4 de cogn.*, D. 27.1.17.2; 34.

Aunque carecemos de información precisa en relación con el procedimiento que originariamente se habría establecido para reconocer cada *excusatio tutelae*, es posible que, en principio, los interesados tuvieran que presentar las causas de exoneración del cargo ante el mismo magistrado que había emitido el decreto de nombramiento como tutor dativo. Esta hipótesis concuerda con el hecho de que al menos desde los tiempos del emperador Antonino Pío ya se hablase de una verdadera posibilidad de “*apellare*” a iniciativa de los tutores dativos¹⁰⁰. Ahora bien, no resulta fácil determinar si se trataba de un acto de apelación contra el decreto de nombramiento del tutor o si, por el contrario, debía apelarse contra el decreto emitido por los magistrados para advertir al tutor de que había incurrido en una situación de *periculum suo cessare*.

En todo caso, parece fuera de toda duda que el régimen de las *excusationes*, en origen circunscrito al ámbito de la tutela dativa, habría terminado por extenderse al resto de modalidades tutelares. A esta evolución contribuyeron de forma decisiva las distintas reformas impulsadas por el emperador Claudio con la finalidad de proteger los intereses patrimoniales de los menores sometidos a tutela ante los retos que suponía enfrentarse a una sociedad cada vez más individualista, que en el ámbito tutelar se traducía en una creciente predisposición a desentenderse de las cargas que comportaba la designación como tutor a partir de la época clásica¹⁰¹.

Como hemos señalado anteriormente, parecen existir diversas evidencias de la aplicación de algunas *excusationes* al tutor testamentario al menos desde la época del emperador Adriano¹⁰², pero la generalización del sistema de *excusationes* a todos los tipos de tutela no parece haberse consolidado hasta Marco Aurelio. Durante su mandato parece que no solo se habría impuesto la obligación de realizar una gestión efectiva del patrimonio pupilar a todo tipo de tutores, sino que además se habría impulsado un nuevo procedimiento de concesión de las *excusationes*.

¹⁰⁰ Vid. *supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.5.2.

¹⁰¹ A este respecto, CHEVREAU, E., *L'évolution de la tutelle romaine*, cit., p. 142, destaca que “a partir du règne de Claude, on perçoit une volonté manifeste de protéger l'intégrité du patrimoine du mineur de la négligence des tuteurs. Cette dernière attitude masque certainement la tendance croissante à vouloir échapper à cette responsabilité lourde et onéreuse. Il fallait gérer le patrimoine du pupille en bon père de famille, avancer certaines dépenses et. Si une contestation survenait pendant ou à l'issue de la tutelle, le tuteur pouvait être condamné à verser des dommages et intérêts et subissait la peine de l'infamie attachée à la *actio tutelae*”.

¹⁰² Una referencia específica a Adriano aparece en *Frag. Vat.* 222; *Cfr. Frag. Vat.* 147; 156; 172 (= *Pauli. Sent.* 2.27.6); 173 a; 178; 202; 205; 223; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.5.10.

Este nuevo procedimiento debía sustanciarse ante el pretor tutelar en Roma¹⁰³, cargo instituido por el propio Marco Aurelio¹⁰⁴, en los plazos establecidos por el mismo emperador a través de una *oratio principis* a la que alude un pasaje de Modestino donde se recuerda que los interesados en exonerarse de la tutela que residían en Roma o en un radio de no más de cien millas alrededor de la ciudad debían instar el procedimiento en un plazo de cincuenta días desde que se tenía conocimiento del nombramiento del tutor, mientras que para el resto de solicitantes se estableció un sistema de términos variables, nunca inferior a cincuenta días, en función de su lugar de residencia¹⁰⁵.

Cumpliendo con los plazos establecidos, los interesados debían proponer una solicitud de *excusatio tutelae* ante el órgano encargado del procedimiento¹⁰⁶, precisando concretamente cuál era la causa aducida para exonerarse de la designación tutelar¹⁰⁷. Aunque no tenemos mucha más información sobre el desarrollo de este procedimiento, en general se tiende a pensar que este se podría haber sustanciado de conformidad con la ordenación establecida para la *potioris nominatio*¹⁰⁸. De todas formas, parece claro que si la solicitud resultaba rechazada, el interesado podía apelar esa resolución¹⁰⁹ con el fin de que se le reconociese una *iusta causa excusationis*.

¹⁰³ En este sentido, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 474 nt. 219, afirma que la competencia del pretor tutelar en Roma se puede argumentar sobre la base de que muchos textos relativos a la *excusatio tutelae* provienen de obras relativas a la jurisdicción de ese pretor, como es el caso de *Frag. Vat.* 173-223; 232-236; 238-242; 244-245; 247; Ulpiano, *l. s. de off. praet. tutel.*, D. 27.1.3 (= *Frag. Vat.* 186); Ulpiano, *l. s. de off. praet. tutel.*, D. 27.1.5 (= *Frag. Vat.* 190); Ulpiano, *l. s. de off. praet. tutel.*, D. 27.1.9.

¹⁰⁴ Sobre las distintas teorías en torno a la creación de esta magistratura, vid. ZOZ, M. G., «Sulla data di istituzione dei *iuridici* e del pretore tutelare», en *Iura*, 38 (1987), pp. 175 ss.

¹⁰⁵ Cfr. Modestino, 4 *excus.*, D. 27.1.13.2.

¹⁰⁶ En relación con el órgano encargado del procedimiento, cfr. *Frag. Vat.* 155; Modestino, 3 *excus.*, D. 27.1.10.4; 37 pr.; Modestino, 4 *excus.*, D. 27.1.13.1; 8; C.I. 5.62.23.1 (a. 294).

¹⁰⁷ *Frag. Vat.* 156: *Formam autem ex hac constitutione datam hodie in usu ita celebrari animadvertimus, ut ex eo die incipiant quinquaginta dies enumerari, ex quo scierat se esse tutorem vel curatorem, scilicet ex eo, ex quo in notitiam eius decretum perlatum sit testato, vel, si testamento datus sit, ex quo id quoquo modo scierit. Itaque ubi sciit, ne praescriptione quinquaginta dierum excludatur, si sint sessiones vel pro tribunali vel de plano, adversario, id est ei, qui eum petit, denuntiare debet et adire praetorem et titulum excusationis suae apud eum expromere; si feriae sint, libellos det contestatorios.*

¹⁰⁸ Como es sabido, bajo la denominación de *potioris nominatio* se hacía referencia a la designación de un nuevo tutor propuesta por el tutor dativo porque consideraba que se trataba de una persona más idónea para desempeñar el cargo. En general, se tendía a valorar esa mayor idoneidad en función de la existencia de vínculos de parentesco más estrechos con el pupilo, mayor disponibilidad económica o generaba más confianza, vid. *Frag. Vat.* 157: *Tunc demum excusandum est, qui prius datus fuerat, si is quem nominaverit et potior necessitudine et idoneus re fideque vel absens deprehendatur.*

¹⁰⁹ Modestino, 4 *excus.*, D. 27.1.13 pr.; Ulpiano, 1 *de apell.*, D. 49.4.1.1; Macerino, 2 *de apell.*, D. 49.8.1.2; C.I. 5.62.3 (a. 206); C.I. 5.62.6.1 (a. 224); C.I. 5.62.6.15 (a. 243).

A partir de una progresiva acumulación de casos por parte de la jurisprudencia parece que se habría llegado a establecer un compendio de *iustae causae excusationis*, que progresivamente fueron también reconocidas en la legislación imperial y finalmente en la compilación justinianeas. A pesar de que no podemos profundizar en cada una de ellas de forma detenida¹¹⁰, consideramos conveniente trazar un sucinto recorrido por las principales causas de *excusatio tutelae*.

En primer lugar debemos referirnos a aquellas causas que aparecen sustentadas en algún interés público, como podía ser ostentar la titularidad de una magistratura¹¹¹ o de algún alto cargo imperial¹¹², ser miembro del *consilium principis*¹¹³, cuando el tutor debía ausentarse de su lugar de residencia habitual por cuestiones de estado¹¹⁴, ostentar la condición de sacerdote¹¹⁵, desempeñar alguna profesión liberal con cierto prestigio¹¹⁶, haber sido licenciado como veterano de guerra sin ignominia¹¹⁷, haber vencido en los *sacra certamina*¹¹⁸, o incluso se admitía la *excusatio* si se trataba de un estudiante que se había desplazado de su residencia habitual para estudiar derecho¹¹⁹.

¹¹⁰ Para tratar la casuística de las *excusationes tutelae* en profundidad, vid. DEBBASCH, Y., «Excusatio tutoris», en *Varia. Études de droit romain*, 2 (París, 1956), pp. 55 ss.; MASIELLO, T., *I 'libri excusationum' di Erennio Modestino* (Nápoles, 1983), pp. 12 ss.; DE FILIPPI, M., «Il titolo 'de excusatione' dei Vaticana Fragmenta», en *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, 3 (Nápoles, 1984), pp. 1159 ss.; VIARENGO, G., *L'excusatio tutelae nell'età del principato* (Génova, 1996), pp. 27 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, cit., pp. 450 ss.; CHEVREAU, E., *L'évolution de la tutelle romaine*, cit., pp. 145 ss.

¹¹¹ *Frag. Vat.* 146: *Qui Romae magistratu funguntur, quamdiu hoc funguntur, dari tutores non possunt. Cfr. Frag. Vat.* 174.

¹¹² *Frag. Vat.* 136: *Eum, qui viae curam habet ab imperatore iniunctam, excusari. Frag. Vat.* 134; 183.

¹¹³ Papiniano, 5 resp., D. 27.1.30 pr.: *Iuris peritos, qui tutelam gerere coeperunt, in consilium principum adsumptos optimi maximeque principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerent et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet.*

¹¹⁴ *Frag. Vat.* 135: *Qui iam tutores vel curatores sunt, si rei publicae causa absint, ad tempus excusantur. Cfr. Frag. Vat.* 222; Ulpiano, 11 ad Ed., D. 4.4.11.2; Paulo, 2 ad Ed., D. 26.5.15-16; Modestino, 3 excus., D. 27.1.10 pr.; Ulpiano, 25 ad Ed., D. 27.3.9 pr.; C.I. 5.36.1 (a. 213).

¹¹⁵ *Frag. Vat.* 148: *Is qui in portu pro salute imperatoris sacrum facit ex vaticinatione archigalli, a tutelis excusatur.* Sobre sacerdotes provinciales, vid. Modestino, 2 excus., D. 27.1.6.14.

¹¹⁶ *Frag. Vat.* 149: *Philosophis quoque et medicis et rhetoribus et grammaticis, quibus per hanc professionem immunitas dari solet, etiam vacatio a tutelis datur tam divorum principum rescriptis quam imperatorum nostrorum. Quantum ad medicos uniuscuiusque civitatis pertinet, intra numerum quinque esse debere sacrae constitutiones docent. Cetera. Cfr. Modestino, 2 excus., D. 27.1.6.1-11; Inst. 1.25.15.*

¹¹⁷ *Frag. Vat.* 140: *Veterani quoque post emerita stipendia missi honesta missione in perpetuum a tutelis vacant. Cfr. Frag. Vat.* 177; 177 a; 180; Ulpiano, l. s. de off. praet. tutel., D. 27.1.9.

¹¹⁸ Modestino, 2 excus., D. 27.1.6.13: *Ulpianus libro singulari de officio praetoris tutelaris ita scribit: athletae habent a tutela excusationem, sed qui sacris certaminibus coronati sunt.*

¹¹⁹ *Frag. Vat.* 204: *Proinde qui studiorum causa Romae sunt praecipue civilium, debent excusari, quamdiu iuris causa Romae agunt studii cura distracti; et ita... Imperator Antoninus Augustus Cereali a censibus et aliis rescripsit.*

Desde un punto de vista estrictamente personal, también se admitía como causa de exoneración de la tutela no haber alcanzado los veinticinco años de edad¹²⁰ o haber superado los setenta¹²¹, las enfermedades o problemas físicos de cierta gravedad¹²², la ineptitud manifiesta para hacerse cargo de la administración tutelar¹²³, la pobreza¹²⁴, la excesiva distancia entre la residencia del tutor y el lugar donde debe desempeñar las funciones como tutor¹²⁵, la constatación de graves controversias entre tutor y pupilo¹²⁶ o entre el tutor y el *pater familias* del pupilo¹²⁷, mantener a un número elevado de hijos¹²⁸, encargarse ya de tres tutelas o curatelas¹²⁹.

¹²⁰ *Frag. Vat. 182: Nam minor viginti quinque annis... a tutela excusantur ut... o daret minores XXV annis...*

Frag. Vat. 223: Hi qui muniti sunt aliquo privilegio, aliquando non admittuntur ad excusatione, velut si minor sit annis XXV adfini datus tutor et aliquem usum rerum habeat hereditariorum; quod ius venit ex epistula divi Hadriani, quam scripsit Claudio Saturnino legato Belgicae. Quae constitutio videtur de his loqui, qui a praetore dati sunt; ego idem esse accipiendum, si testamento datus sit. In eandem sententiam et divus Pius Platorio nepoti scripsit.

¹²¹ Paulo, 2 *decr.*, D. 36.1.76.1; Ulpiano, *de off. procons.*, D. 50.6.4; Modestino, 2 *excus.*, D. 27.1.2 pr.; C.I. 5.67(68).1 (a. 246); Inst. 1.25.13.

¹²² *Frag. Vat. 129: Va tudo quoque mala praestat vacationem, si talis sit, ut ostendat eum ne quidem rebus suis administrandis idoneum esse. Cfr. F. V. 130; Inst. 1.25.7.*

¹²³ *Frag. Vat. 244: Paulus libro singulari de officio praetoris tutelar. Mediocritas et rusticitas et domesticae lites interdum excusationes merentur ex epistulis divorum Hadriani et Antonini et fratrum ad Caerellium Priscum praetorem tutelarem. Cfr. Modestino, 2 *excus.*, D. 27.1.6.19.*

¹²⁴ *Frag. Vat. 185: Imp. rescripsit L. Titio adfirmanti imparem per rusticitatem se alienis negotiis gerendis esse, rusticitatem posse excusationem mereri. Paupertas plane dat excusationem. Cfr. Frag. Vat. 240; Paulo, 2 *sent.*, D. 27.1.40.1; Paul. *Sent.* 2.27.5; Inst. 1.25.6.*

¹²⁵ *Frag. Vat. 203: Est et hoc genus excusationis, si quis se dicat domicilium non habere Romae delectus ad munus vel in ea provincia, ubi domicilium non habet, idque et divus Marcus Pertinaci et Aeliano consulibus rescripsit. Frag. Vat. 205: Proinde si quis ad Urbicam dioecesim pertinens testamento tutor dabitur, excusare se debet ab eo patrimonio, quod in regionibus iuridicorum est, pariter a re provinciali. Sed caveat, si legatum accepit, hoc facere; licite enim urbana sola administrat, verum quia non in plenum voluntati paret, legati ei petitio denegabitur, idque divus Marcus in eo, qui se a re provinciali excusavit legato honoratus, Claudio Pulchro rescripsit. Cfr. Frag. Vat. 241; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 27.1.19; Paulo, *l. s. de cogn.*, D. 27.1.46.2; Marciano, 2 *inst.*, D. 27.1.21.2-3; Modestino, 3 *excus.*, D. 27.1.10.4; D. 27.1.12.1; C.I. 5.62.11 (a. 231).*

¹²⁶ Marciano, 2 *inst.*, D. 27.1.21 pr.: *Propter litem, quam quis cum pupillo habet, excusare se a tutela non potest, nisi forte de omnibus bonis aut plurima parte eorum controversia sit.*

¹²⁷ Paul. *Sent.* 2.27: *Inimicitiae capitales, quas quis cum patre defuncto habuit, a tutelis excusant, ne paterno inimico pupillus committatur. Cfr. Modestino, 2 *excus.*, D. 27.1.6.17.*

¹²⁸ C.I. 5.66.1: Imp. Severus et Antoninus AA. Herodiano: *Qui ad tutelam vel curam vocantur, romae quidem trium liberorum incolumium numero, quorum etiam status non ambigitur, in italia vero quattuor, in provinciis autem quinque habent excusationem* (a. 203).

¹²⁹ *Frag. Vat. 125: Olim varie observabatur circa numerum tutelarum, sed hodie certo iure utimur tam ex rescriptis divorum quam ex constitutionibus imperatorum nostrorum; nam si quis tres tutelas sive curas habeat, excusatur.*

2. LAS FUNCIONES DEL *TUTOR IMPUBERUM*

2.1. LA INSTRUCCIÓN DEL PUPILO

Como hemos constatado en el capítulo anterior, el cambio de mentalidad que se produce en la sociedad romana genera un proceso de transformación de la institución tutelar a lo largo del período republicano. Aunque originariamente la tutela se concebía como “*vis ac potestas*” en beneficio del tutor, paulatinamente tiende a convertirse en un mecanismo de protección de los pupilos. Aunque la tutela testamentaria ya presentaba algunos contornos asistenciales, la verdadera transformación viene propiciada a raíz de la generalización de la denominada tutela dativa o atiliana.

Por el contrario, el cuidado del pupilo nada tiene que ver con la naturaleza de la tutela originaria, pues esta correspondía al heredero del pupilo como si se tratase de un derecho hereditario. Precisamente por esa razón, cabe pensar que en un primer momento las funciones del tutor simplemente se limitaban a mantener o incrementar el patrimonio pupilar que algún día podría llegar a recibir¹³⁰. En este contexto, sería suficiente con que llevase a cabo las actuaciones pertinentes para evitar cualquier perjuicio o hacer valer cualquier beneficio en relación con los bienes del pupilo.

Esta situación tendería a cambiar a medida que se imponía una nueva noción de la tutela como *munus publicum*¹³¹, pues paulatinamente se habrían tendido a restringir las atribuciones del tutor, al mismo tiempo que surgían nuevas obligaciones en interés de los pupilos. Se trataba de una nueva concepción de la tutela: además de seguir encargándose de la protección del patrimonio pupilar, ahora el tutor debía proporcionar los medios necesarios para asegurar el adecuado desarrollo personal del pupilo, hasta que éste fuera capaz de hacerse cargo de su propia vida por sí mismo y gestionar sus asuntos jurídicos y económicos. De esta manera, la tutela originaria, diseñada en origen para proteger un interés colectivo como la continuidad familiar, se habría desprendido de su sentido original para convertirse prevalentemente en un mecanismo de protección de los intereses individuales y personales del pupilo.

¹³⁰ De acuerdo con la visión de ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 480, es posible que la salvaguarda y el incremento del patrimonio pupilar se establecieran como consecuencia de la potestad personal que desde el primer momento ostentaba el tutor sobre su pupilo.

¹³¹ Modestino, 2 *exc.*, D. 27.1.6.15: *Tutela non est rei publicae munus nec quod ad impensam pertinet, sed civile: nec provinciale videtur tutelam administrare.*

En este sentido, en las fuentes aparece el término “*educatio*”¹³² para referirse a la actividad consistente en criar al menor en un ambiente que le permitiese llevar a cabo un adecuado desarrollo físico y comportamental. No debe confundirse esta actividad con la formación instructiva del menor¹³³, pues la *educatio* englobaba todo un conjunto de actuaciones en favor del menor con el objetivo de que desarrollase su personalidad física y mental, y así pudiera convertirse en un buen ciudadano.

Entre las funciones del tutor no se contaba la labor de encargarse personalmente de la *educatio* de su pupilo, pero sí que debía ocuparse de designar a la persona que asumiese esa tarea¹³⁴. Lo habitual, no obstante, era que esa clase de funciones recayesen sobre algún pariente que guardase una estrecha relación con el pupilo. La mayor de las veces esta ocupación correspondía a la propia madre¹³⁵. Aunque es posible que en ciertos casos el tutor se hiciera cargo de la *educatio* del pupilo, por lo general debía limitarse a supervisar que esta formación se desarrollaba de forma adecuada¹³⁶.

¹³² El término latino “*educatio*” presentaba un significado muy amplio, ya que presenta un doble origen etimológico procedente de los términos *educere* y *educare*. El verbo *educere* se puede traducir como “conducir fuera de” o “extraer de dentro hacia fuera”, de forma que la *educatio* consistiría en el desarrollo de las capacidades que potencialmente presenta una persona. Por su parte, el verbo *educare* se identifica con los significados de “criar”, “alimentar” o “guiar” a una persona. Hace referencia a la inclusión de un sujeto en la sociedad mediante la transmisión de conocimientos y pautas de comportamiento aceptadas culturalmente. Los romanos diferenciaban claramente ambos términos, como pone de manifiesto Nonio Marcelo, p. 718 L.: “*educere et educare hanc habent distantiam. Educere est extrahere; educare nutrire et provehere*”. La diferencia, por tanto, entre ambos verbos radica en la intensidad de la acción, pues si bien *educere* consiste en un acto físico, *educare* se presenta como una acción habitual y continuada en el tiempo, consistente en la crianza de una persona. Por eso, el verbo *educare* se relaciona también con el verbo *alere*, que puede traducirse por “nutrir” o “dar alimento a una persona”.

¹³³ En relación con la distinción entre la *educatio* y la formación instructiva, Cic., *de orat.* 3.125: *Sit modo is, qui dicet aut scribet, institutus liberaliter educatione doctrinaque puerili* (...).

¹³⁴ Parece que el pretor podía constreñir a ocuparse de la *educatio* del pupilo a la persona designada por el tutor, siempre que esta mantuviera una estrecha relación con el pupilo, como por ejemplo si se trataba de un liberto, un ascendiente o un pariente afín o cognado, *vid.* Ulpiano, 34 *ad Ed.*, D. 27.2.1.2.

¹³⁵ FAYER, C., *La familia romana* vol. I, cit., pp. 469-471, recoge numerosos ejemplos tomados de las fuentes en los que la *educatio* del pupilo recaía sobre su propia madre y algunos otros ejemplos en los que las abuelas o tíos del menor se ocupan de esta función.

¹³⁶ De acuerdo con BIONDI, B., *Aspetti morali della tutela*, cit., pp. 62 ss., parece que ordinariamente los tutores debían desempeñar ciertas labores de control y vigilancia acerca del correcto desarrollo de la *educatio* del pupilo. Sólo así se explicaría el contenido de una constitución emitida por Severo Alejandro en el año 223 que se dirigía al tutor Dionisodoro. En este documento el emperador señala que en caso de existir discrepancias entre la madre del menor, los parientes y su tutor, sería el pretor quién designase a la persona encargada de la *educatio*. Dado que estas discrepancias sólo pudieron tener lugar en el caso de que el tutor permanecía atento al desempeño de esta tarea, no cabe sino concluir que los tutores desempeñaban habitualmente tareas de vigilancia y control sobre la *educatio* que recibían sus pupilos. *Vid.* C.I. 5.49.1: *Imperator Alexander Severus A. Dionysodoro. Educatio pupillorum tutorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est* (a. 223).

Las funciones que correspondían propiamente al tutor consistían en proporcionar los recursos adecuados para garantizar la supervivencia y el desarrollo personal del pupilo durante el tiempo que permaneciera sometido a su tutela. En este sentido, las fuentes aluden a la obligación del tutor de proveer una adecuada instrucción al pupilo, asegurar su alimentación y realizar las donaciones debidas en su nombre.

Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.7.12.3: *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, imprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.*

Ya hemos señalado que la instrucción formativa del menor representaba una función distinta a la genérica *educatio*. Desde época antigua, los tutores solo tenían el deber de hacerse cargo de la formación académica de sus pupilos, lo que conllevaba la elección y el pago de los honorarios a los *praeceptores* del menor¹³⁷. A este respecto, Paulo recuerda que el coste de la instrucción debía ajustarse a los recursos económicos del menor y a su dignidad personal¹³⁸. Con el tiempo, sin embargo, tanto la elección del *praeceptor* como el desembolso económico para pagar sus honorarios, que se realizaba con arreglo al patrimonio pupilar, pasaron a depender del pretor¹³⁹.

En relación con la prestación de alimentos, a pesar de que el fragmento de Paulo no lo menciona, una de las principales obligaciones del tutor desde finales de la etapa republicana habría consistido en proveer al pupilo de todos los medios necesarios para su alimentación y adecuada subsistencia. Para determinar la cuantía del patrimonio pupilar que debía destinarse a este fin, el tutor acudía al pretor, quién debía encargarse de fijar unos gastos de alimentación que permitieran la manutención del pupilo y se ajustasen a los gastos ordinarios que conllevase la posición del pupilo¹⁴⁰.

¹³⁷ Acerca de esta función tutelar, *vid.* SOLAZZI, S., «L'istruzione del pupillo», en *SDHI*, 17 (1951), pp. 251 ss. (= *Scritti* 6, cit., pp. 608 ss.).

¹³⁸ Paul, 38 *ad Ed.*, D. 26.7.12.2: *Nimum est licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.*

¹³⁹ Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 27.2.3.1; 5.

¹⁴⁰ Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 27.2.3 pr.; 3.

Por otro lado, la obligación de proporcionar alimentos con cargo al patrimonio pupilar no sólo afectaba al menor impúber o a sus esclavos y libertos, sino que también se extendía a la madre y hermanas del pupilo, cuando éstas se encontraban en situación de tal pobreza que no podían afrontar esos gastos por sí mismas.

Gayo, 12 *ad Ed. prov.*, D. 26.7.13.2: *In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat, nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere. Aliud est, si matri forte aut sorori pupilli tutor ea quae ad victum necessaria sunt praestiterit, cum semet ipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est: nec enim eadem causa est eius, quod in eam rem impenditur et quod muneris legatorumve nomine erogatur.*

A pesar de que este fragmento reconoce el derecho de la madre y hermanas del pupilo a recibir alimentos, se diferencia claramente el hecho de proporcionar recursos necesarios para su manutención de la entrega de donaciones o regalos. En este sentido, Paulo señalaba que el tutor estaba facultado para enviar regalos de solemnidades a los ascendientes y parientes cognados del menor¹⁴¹, pero excluyendo no obstante cualquier contribución a la dote de una hermana uterina¹⁴²; por su parte, Gayo señala que no se debían realizar regalos nupciales en favor de la madre o hermanas del tutelado.

Una vez explicadas las principales funciones del tutor en relación con la esfera personal del pupilo, debemos centrarnos en el plano patrimonial, que era el principal ámbito de actuación del tutor en época antigua¹⁴³. Si en un primer momento bastaba con que el tutor llevase a cabo las actuaciones jurídicas o negociales oportunas para evitar que se produjesen menoscabos para el caudal patrimonial de su pupilo o para conseguir que éste se incrementase, desde finales del período republicano se precisa de una mayor intervención administrativa por su parte¹⁴⁴.

¹⁴¹ *Vid. supra* Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.7.12.3.

¹⁴² Cuando hablamos de hermana uterina nos referimos a aquella que comparte la misma madre con el pupilo, pero que tiene un padre distinto. El hecho de que Paulo se refiera específicamente a la hermana nacida de padre distinto nos lleva a pensar que el tutor sí podía contribuir a la dote de una hermana consanguínea, es decir, nacida del mismo padre y la misma madre.

¹⁴³ La especial relevancia del elemento patrimonial en la nueva concepción de la tutela se puede percibir en fragmentos como Modestino, 4 *pand.*, D. 26.2.25: *Duobus pupillis tutor datus etsi alterius tutela se excusare potest, cum res separatae sint, attamen alterius tutor manet.*

¹⁴⁴ Las principales fuentes que recogen el régimen aplicable a las funciones de gestión y administración realizadas por el tutor se encuentran en el título 7 del libro 26 del Digesto y en el título 37 del libro 5 del Código de Justiniano, *vid. infra*. capítulo VI apartados 2.3 y 2.5.

En función de ciertas características personales del impúber sometido a tutela¹⁴⁵, las competencias tutelares pueden agruparse, como sintéticamente se indica en *Tit. Ulp.*, en dos grandes categorías: la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio*.

Tit. Ulp. 11.25: Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritate interponunt: mulierum autem tutores auctoritate dumtaxat interponunt.

Ahora bien, antes de tratar las dos grandes funciones tutelares por antonomasia, debemos ocuparnos de analizar las distintas categorías que se utilizaban en Roma para clasificar a los impúberes. Una vez comprendidos los criterios empleados para llevar a cabo esa categorización, se entenderá mucho mejor el contenido tanto de la *auctoritas interpositio* como de la *negotiorum gestio*.

¹⁴⁵ VOLTERRA, E., *Istituzioni*, cit., p. 102.

2.2. CATEGORIZACIÓN DE LOS IMPÚBERES

Como su propio nombre indicaba, la *tutela impuberum* recaía sobre aquellos menores que aun no habían alcanzado la pubertad. En el primer capítulo de este trabajo hemos señalado que la condición de púber se encontraba asociada a la adquisición de la capacidad para procrear. Por ese motivo, originariamente se determinaba a través de una *inspectio corporis*, mientras que desde finales del período republicano se fija el acceso a la pubertad en los doce años para las mujeres y catorce para los varones¹⁴⁶.

Todos aquellos menores *sui iuris* que no reunían estos requisitos debían quedar sometidos a la *tutela impuberum*. Ahora bien, desde muy temprano los romanos fueron conscientes de que dentro de la categoría general de los impúberes existían notables diferencias en función del desarrollo de los menores. A este respecto, sabemos que Varrón distinguía dos grandes etapas prepuberales: *infantia* y *pueritia*.

Serv., *ad Aen.* 5, v. 295: *Aetates omnes Varro sic dividit: infantiam, pueritiam, adulescentiam, iuventam, senectam.*

Esta categorización de los impúberes habría tomado como punto de referencia la capacidad de los menores para expresarse correctamente. La adopción de este criterio respondería al marcado formalismo oral que caracterizaba a los actos jurídicos propios de la época antigua¹⁴⁷. Precisamente de acuerdo con el testimonio del propio Varrón¹⁴⁸ tenemos noticia de que el vocablo *infans* se derivaba etimológicamente del verbo *fari* (hablar). Por lo tanto, se trataba de un vocablo compuesto, que habría surgido como resultado de la fusión entre la partícula negativa “in” y la palabra “fans”. Como resultado de esta composición, el término *infans* haría referencia a los menores que no podían hablar. No obstante, esta incapacidad no debería entenderse en un sentido estrictamente literal, sino en relación con la imposibilidad para pronunciar las palabras que permitían concluir los actos jurídicos formales¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Vid. *supra* capítulo IV apartado 3.2.

¹⁴⁷ Sobre la importancia de las recitaciones solemnes orales en el ámbito jurídico durante la época antigua, vid. MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, cit., pp. 255 ss.; KASER, M., *Das altrömische Ius*, cit., pp. 301 ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 24 ss.

¹⁴⁸ Varro, L. 6.7.52: *Fatur is qui primum homo significabilem ore mittit vocem. Ab eo, ante quam ita faciant, pueri dicuntur infantes; cum id faciunt, iam fari.*

¹⁴⁹ PUGLIESE, G., «Precedenti romani della moderna legislazione sui minori», en *Atti dei Convegni Lincei*, 5 (1983), p. 114 nt. 4 (= *Scritti* 3, cit., p. 506 nt. 4).

Desde antiguo se habría distinguido entre los infantes “*qui fari non possunt*” y aquellos impúberes que sí tenían capacidad suficiente para poder recitar las fórmulas solemnes requeridas en el plano jurídico. En cambio, dado que los antiguos romanos preferían que fuera el propio interesado quien, siempre que fuera posible, concluyera personalmente los actos negociales o jurídicos¹⁵⁰, es muy posible que los impúberes de corta edad se vieran obligados a memorizar ciertas fórmulas con el fin de que repitiesen mecánicamente lo aprendido en el momento de concluir esos actos jurídicos.

Esta clase de prácticas daban lugar a situaciones un tanto forzadas jurídicamente, pues los menores quedaban obligados jurídicamente en virtud de actos que formalmente habían concluido, pero cuya trascendencia desconocían por completo. Por ese motivo, con posterioridad se terminaría estableciendo un nuevo criterio de categorización en función de la capacidad intelectual de los impúberes. Esta nueva clasificación aparece reflejada, aunque con cierta oscuridad, en las instituciones de Gayo.

Después de haber señalado que los *furiosi* estaban incapacitados para realizar cualquier negocio jurídico porque carecían de capacidad para expresar un pensamiento razonable¹⁵¹, el jurista afirma que, sin embargo, los pupilos sí estaban capacitados para realizar personalmente cualquier negocio siempre que contasen con la *auctoritas* de su correspondiente tutor¹⁵². Ahora bien, matiza que esta capacidad solo se reconoce a los impúberes que tienen alguna inteligencia, pues los *infantes* y los denominados *infantia proximi* parecen equipararse a los *furiosi*¹⁵³.

Gai. 3.109: *Sed quod diximus de pupillo, utique de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet; nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. Sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est*¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Como veremos más adelante, esta realidad se constata perfectamente en la tendencia a salvar los actos concluidos por el menor mediante la *auctoritas tutoris*, *vid. infra* capítulo VI apartado 2.4.

¹⁵¹ Gai. 3.106: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat.*

¹⁵² Gai. 3.107: *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, uelut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

¹⁵³ Esta misma idea expresada por Gayo se encuentra también reflejada en Ulpiano, *13 ad Ed.*, D. 4.8.27.5; Ulpiano, *17 ad Ed.*, D. 8.2.5; Ulpiano, *45 ad Sab.*, D. 39.1.10; Paulo, *17 ad Ed.*, D. 5.1.12.2; Paulo, *2 ad Sab.*, D. 29.2.9; Paulo, *11 ad Sab.*, D. 39.1.11; Gai., *2 aur.*, D. 44.7.1.13; Florentino, *10 inst.*, D. 50.16.209; Pomponio, *16 epist.*, D. 50.16.246 pr.; *Paul. Sent.* 4.12.7; 5.4.2.

¹⁵⁴ = Inst. 3.19.10.

Frente al criterio fundamentado en la capacidad comunicativa de los impúberes, ahora Gayo distingue entre aquellos menores que pueden actuar personalmente porque “*aliquem intellectum habet*” y aquellos que se asemejan a los *furiosi* porque no pueden comprender la trascendencia de los negocios jurídicos. En cambio, entre estos últimos parece distinguir a su vez entre los infantes, que seguirían siendo aquellos incapaces de pronunciar las fórmulas solemnes tradicionales, y los *infantia proximi*.

La última frase del fragmento gayano parece que se refiere precisamente a estos últimos impúberes¹⁵⁵. Aceptar que la expresión “*in his pupillis*” aludía también a los infantes no tendría sentido, pues difícilmente se podría aplicar una “*benignior iuris interpretatio*” a aquellos menores “*qui fari non possunt*”. Esta distinción nos lleva a pensar que en tiempos de Gayo se habría establecido una distinción tripartita entre los infantes, los *infantia proximi* y aquellos que “*aliquem intellectum habet*”.

Cabe entonces preguntarse acerca de los rasgos característicos que situaban a los *infantia proximi* en esa posición intermedia. A este respecto, resulta especialmente interesante otro fragmento atribuido a Gayo.

Gayo, 27 *ad Ed. prov.*, D. 46.6.6: *Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest aut fari non potest: nam si praesens sit et fari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intellegat quid agat, tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari.*

En el contexto de la *satisfatio rem pupilli salvam fore*, el jurista recuerda que algún esclavo del pupilo debía estipular cuando el pupilo se encontrase ausente o no estuviera capacitado para hablar. Sin embargo, en el caso de que el pupilo se encontrase presente y pudiera hablar, se admitía que él mismo pudiera estipular personalmente por razón de utilidad. El criterio de la utilidad recuerda a la “*benignior iuris interpretatio*”, en el sentido de que en tiempos de Gayo se toleraban como válidos actos realizados por menores que no habían superado la infancia, pero que sin embargo, estaban capacitados para articular las fórmulas solemnes requeridas.

¹⁵⁵ COPPOLA BISAZZA, G., «Qualche puntualizzazione sull’*infanti proximus* ed il *pubertati proximus*», en *Rivista di Diritto Romano*, 12 (2012), pp. 5 ss., sostiene que de acuerdo con los testimonios recogidos en Gai., 2 *de verb. oblig.*, D. 45.1.141.2 y Gai., 27 *ad Ed. prov.*, D. 46.6.6, esa alusión únicamente podía entenderse referida a los menores que podían hablar y, en consecuencia, estaban capacitados para estipular. También en este mismo sentido se había pronunciado previamente BURDESE, A., «Sulla capacità intellettuale degli *impuberes* in diritto romano», en *AG*, 150 (1956), pp. 10 ss.

Como resultado de esta interpretación, en época clásica se habría establecido una división tripartita entre los *infantes* que no eran capaces de recitar las fórmulas solemnes vinculantes, los *infantia proximi* que pudiendo pronunciar esas fórmulas, sin embargo, no alcanzaban a comprender la trascendencia de sus declaraciones, y otros impúberes que podían hablar y comprender perfectamente el contenido de sus formulaciones. La relevancia de esta categorización estribaba en que en función de la categoría en que se encontrase cada impúber, no solo se determinaba si el menor estaba capacitado para concluir actos jurídicos personalmente, sino que además se establecía el grado de responsabilidad jurídica que asumía el impúber en cada caso.

Dado que los infantes eran considerados incapaces de articular las recitaciones solemnes requeridas para comprometerse jurídicamente, cualquiera de sus declaraciones carecía de eficacia jurídica. En consecuencia, su responsabilidad contractual era nula¹⁵⁶. En principio este sería el mismo régimen aplicable a los *infantia proximi*, pues según Gayo también se equiparaban a los *furiosi*¹⁵⁷. Sin embargo, cuando se lograba que estos recitasen correctamente una fórmula solemne, se consideraba válida jurídicamente aun cuando no comprendieran la trascendencia de su declaración. En estos casos se aplicaba el mismo régimen que a los denominados *infantia maiores*.

Una vez superada la infancia, se entendía que los impúberes alcanzaban un cierto grado de madurez intelectual que les permitía gozar de una capacidad de obrar limitada: podían realizar negocios jurídicos que resultasen favorables para sí mismos¹⁵⁸, pero no podían obligarse frente a terceros sin la intervención de su tutor. De este modo, su responsabilidad contractual quedaba restringida a la validez del negocio y no a los perjuicios que pudieran derivarse para el pupilo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ No obstante, TAFARO, S., *Breves notas sobre los infantes en el Derecho Romano*, cit., pp. 19 ss., recoge distintos casos en los que sorprendentemente el *infans* resulta responsable de ciertas actuaciones. A este respecto, el autor distingue entre responsabilidad derivada de actos del tutor, como cuando el tutor pierde una cosa ajena (Pomponio, 29 *ad Sab.*, D. 6.1.20), o pierde un litigio actuando en interés del menor (Escevola, 13 *quaest.*, D. 26.9.7), y otras actuaciones en las que intervenía directamente el menor como cuando huía de su dueño desconociendo que en realidad era libre (Ulpiano, 55 *ad Ed.*, D. 40.12.12.1) o cuando cometía *furtum manifestum* (Gell., *Noct. Att.* 11.18.8).

¹⁵⁷ *Vid. supra* Gai. 3.109.

¹⁵⁸ Sobre la responsabilidad que se derivaba para los impúberes que habían superado la infancia en función del negocio jurídico y la forma en que lo hubieran concluido, *vid.* ARÉVALO CABALLERO, W., «Excepciones a la incapacidad de obrar del impúber y del menor *sui iuris* y su recepción en derecho español», en *Revista Internacional de Derecho Romano* (2011), pp. 41 ss.

¹⁵⁹ BURDESE, A., *Sulla capacità intellettuale*, cit., pp. 54 ss.

Sin embargo, estos criterios entrañaban ciertas dificultades a la hora de valorar si efectivamente un menor estaba preparado para pronunciar y comprender declaraciones que podían conllevar importantes consecuencias jurídicas. Se trataba de apreciaciones excesivamente ambiguas, que podían dar lugar a confusiones en el ámbito negocial. Por esos motivos, cabría pensar que con el tiempo se adoptaron criterios clasificatorios más objetivos que tomaban como referencia la edad de los impúberes. De esta manera, resultaba más sencillo determinar el momento a partir del cual se presumía que los menores estaban capacitados para intervenir en el ámbito jurídico.

Aunque es posible que en época antigua ya se hubieran planteado los siete años de edad como frontera de la infancia¹⁶⁰, la mayor parte de la doctrina considera que esa distinción es fruto de la jurisprudencia clásica¹⁶¹. De este período se conservan diversas referencias al séptimo año como final de la infancia tanto en algunas obras literarias¹⁶², como en dos textos jurídicos de la época clásica tardía. El primero estos pertenece a los comentarios al Edicto de Ulpiano.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.1.2: *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent.*

¹⁶⁰ En este sentido, FAYER, C., *La familia romana* I, cit., p. 399, reconoce que a pesar de que no existen fuentes clásicas que determinen de manera explícita a qué edad se abandonaba la infancia, es posible que a partir de la experiencia acumulada en las inspecciones corporales caso por caso, finalmente se decidiera acordar una determinada edad como costumbre para fijar el final de la *infantia*.

¹⁶¹ No obstante, SOLAZZI, S., «L'età del *infans*», en *BIDR*, 49-50 (1947), pp. 345 ss. (= *Scritti* IV, cit., pp. 653 ss.); ID., «*Qui infanti proximi sunt*», en *Labeo*, 1 (1955), pp. 7 ss., ha defendido que el final de la infancia se alcanzaba al cumplir cinco años ya en época clásica, interpretación que parece encontrar cierto apoyo textual en Ulpiano, 55 *ad Ed.*, D. 7.7.6.1 y Paulo, 2 *Iul. et Pap.*, D. 38.1.37.1.

¹⁶² Sin duda el pasaje más interesante a estos efectos se encuentra en Quintiliano, *Inst. or.* 1.1.15-19, donde el autor explica que mientras que algunos autores como Aristófanes o Erastóstenes eran partidarios de que los niños se iniciaran en las letras a la edad de siete años, otros filósofos como Crisipo de Solos consideraba que tal formación debía iniciarse más temprano. A pesar de que Quintiliano se muestra más proclive a esta última interpretación, su testimonio pone de manifiesto que durante el Principado ya se consideraba que los menores que habían cumplido los siete años habían alcanzado un grado de desarrollo intelectual suficiente como para iniciarse en la lectura y la escritura. Sobre estos pasajes, LAMBERTI, F., *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere*, cit., pp. 230 ss.

Tras haber indicado que los tutores solían ser obligados a administrar la tutela¹⁶³, Ulpiano señala que a la hora de asumir la defensa de sus pupilos, los tutores estaban legitimados para aceptar el juicio o prestar su *auctoritas* para que fuesen los propios pupilos quienes interviniesen por sí mismos. No obstante, el jurista finalmente precisa que el tutor estaba obligado a encargarse personalmente del proceso cuando se tratase de menores ausentes o “*qui fari non possunt*”, pudiendo únicamente dejar el litigio en manos de aquellos pupilos que hubieran alcanzado los siete años.

Independientemente de que esta última aseveración de Ulpiano no se aplicase de forma taxativa en la práctica jurídica¹⁶⁴, todo induce a admitir que desde comienzos de la época clásica se venía utilizando el criterio de los siete años como manifestación de una cierta madurez psicointelectual. En esta misma línea de pensamiento, tenemos constancia de otro testimonio atribuido a Modestino.

Modestino, 4 *diff.*, D. 23.1.14: *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis.*

Este fragmento se ha considerado tradicionalmente como interpolado¹⁶⁵, pues si bien comienza señalando que no estaba definida la edad de los contrayentes para contraer esponsales, admitiéndose incluso que pudieran realizarse *a primordio aetatis*, finalmente impone como límite los siete años. Esta última acotación resulta claramente sospechosa, pues no solo se contrapone al contenido del fragmento, sino que además tampoco termina de concordar con diversos testimonios de época clásica en los que se recuerdan casos de esponsales a edades muy tempranas¹⁶⁶.

¹⁶³ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.1 pr.: *Gerere atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet.*

¹⁶⁴ ASTOLFI, R., *Il fidanzamento nel diritto romano* (Padua, 1989, reimp. 1994), pp. 61 ss., señala que es posible que la regla que recuerda Ulpiano se utilizase más bien como presunción en época clásica, de manera que era factible que un menor de siete años interviniese excepcionalmente en un proceso. No obstante, descarta que la referencia a los siete años provenga de una interpolación de los compiladores, pues recuerda que Justiniano nunca se mostró favorable a la defensa personal y directa del pupilo.

¹⁶⁵ SOLAZZI, S., *Qui infanti proximi sunt*, cit., pp. 585 ss., señala que si realmente hubiera sido necesario haber cumplido siete años como requisito indispensable para poder realizar unos esponsales, Modestino nunca habría comenzado este fragmento utilizando una frase como “*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis*”.

¹⁶⁶ Un compendio de algunos de los principales esponsales celebrados en época clásica puede encontrarse en FAYER, C., *La familia romana II*, cit., pp. 440 ss.

A nuestro modo de ver, sin embargo, no resulta incompatible que si bien el texto original podría haber sido modificado por los compiladores justinianos, es posible que estas alteraciones no hubieran modificado esencialmente el contenido. En este sentido, cabe pensar que Modestino comenzase enunciando la regulación vigente en su momento con respecto a los esponsales, es decir, que no existía un límite de edad para contraerlos. A partir de esa premisa, es posible que el jurista describiese la incongruencia que esta circunstancia generaba al contraponerse con la noción de válido consentimiento de los contrayentes y, en consecuencia, llegase a la conclusión de que debía establecerse una edad mínima para realizar estas promesas de futuro matrimonio.

En este contexto, resulta razonable que siendo Modestino discípulo de Ulpiano acudiese a la opinión mantenida por su maestro¹⁶⁷, y posiblemente compartida por todos los juristas severianos, de que a partir de los siete años debía reconocerse validez a los actos concluidos por los menores. De esta forma, la jurisprudencia acogía en el ámbito jurídico un criterio para determinar el final de la infancia que hasta ese momento solo se había empleado en discusiones en torno a cuestiones pedagógicas.

A raíz de que la jurisprudencia tardoclásica adoptase este criterio, parece que la edad de siete años se habría ido implantando en el ámbito legislativo, como ponen de manifiesto dos constituciones imperiales de comienzos del siglo V. La primera de ellas aparece referida en el Código Teodosiano.

Cod. Theod. 8.18.8: Arcad. Honor. Theod. Anthemio: Certis annorum intervallis in bonorum possessione maternas hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda infans filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut sive maturius sive tardius filius fandi sumat auspicia intra septem annos aetatis eius pater aut bonorum possessionem imploret aut qualibet actis testatione successionem amplectatur, hac vero aetate finita filius edicti beneficium petat vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem, dum tamen intra annum ad impetrandam bonorum possessionem praescriptum uterque de possessione amplectenda suum prodat arbitrium. Cretionum autem scrupulosam sollemnitatem, sive materna filio familias sive alia quaedam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus (a. 407).

¹⁶⁷ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.7.1.2.

Se trata de una constitución emitida en el año 407 por los emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio II en la que se establecía que, pese a que el momento en que cada menor alcanzaba la capacidad de expresarse difería en cada caso, debía establecerse la edad de siete años como límite máximo de la incapacidad del *infans*, cuando menos en los relativo a la aceptación de la herencia materna. Esta regulación se muestra acorde a la opinión manifestada por Paulo en relación con la *hereditatis aditio*¹⁶⁸.

Sin embargo, existe una diferencia trascendental, pues mientras que el jurista severiano situaba la clave del debate en la capacidad de hablar, distinguiendo al *infans* que no hablaba del impúber en condiciones de *loqui*, la constitución del año 407 d.C. consideraba que debía atenderse a la capacidad de *intellegi*, es decir, a la capacidad de comprender la trascendencia de los actos concluidos. Y en este último sentido se estima que a los siete años todos los menores habrían alcanzado esa destreza.

La segunda de las constituciones imperiales se encuentra recogida en el Código de Justiniano y se trata de una disposición de Teodosio II y Valentianiano III en la que parece confirmarse la regulación establecida anteriormente por Arcadio, pues extendían la capacidad de aceptar la herencia materna a cualquier *filius familias* o menor sometido a tutela que hubiera alcanzado la edad de siete años.

C.I. 6.30.18 pr.: *Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutae hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea ex qua mater descendit vel aliis quibuscumque personis, licebit parentibus eius sub quorum potestate est adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere* (a. 426).

C.I. 6.30.18.4: *Sin autem septem annos aetatis pupillus excesserit et priore parente mortuo in pupillari aetate fati munus impleverit, ea obtinere praecipimus, quae veteribus legibus continentur, nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem vel possessionem bonorum petere consentiente parente, si sub eius potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui iuris sit, poterit vel, si non habeat tutorem, adire praetorem et eius decreto hoc ius consequi* (a. 426).

¹⁶⁸ Paulo, 2 ad Sab., D. 29.2.9: *Pupillus si dari possit, licet huius aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intellegat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer (neque enim scire neque discernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest: hoc enim favorabiliter eis praestatur.*

Como se puede observar, esta constitución perfila con mayor claridad la frontera entre los menores de siete años y los impúberes que han alcanzado esa edad al afirmar que solo estos últimos estaban capacitados, con la autorización de su *pater familias* o tutor, para aceptar la herencia o solicitar la *bonorum possessio*¹⁶⁹. Con esta constatación los emperadores Teodosio II y Valentiniano III plasmaban en el ordenamiento jurídico una noción que se venía utilizando en el campo jurisprudencial desde la época severiana y que posiblemente se remontaba aún más atrás en el tiempo¹⁷⁰.

Sobre la base de esta primera distinción, posteriormente se habría perfilado una categorización tripartita que aparece recogida tanto en las Instituciones de Justiniano como en la Paráfrasis de Teófilo¹⁷¹.

Inst. 3.19.10: *Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus et non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in parentis potestate est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.*

Si bien este fragmento toma como punto de partida las instituciones de Gayo¹⁷², la distinción entre los menores resulta más explícita al distinguir claramente entre los *infantes*, los *infantes proximi* y los *pubertati proximi*¹⁷³. Dentro de ese primer grupo se encontraban aquellos menores incapaces de hablar debido a su corta edad, mientras que los *infantes proximi* debían ser capaces de hablar pero no de entender la trascendencia de los actos jurídicos que realizaban, pues esa capacidad intelectual únicamente se encontraba al alcance de los denominados *pubertati proximi*.

¹⁶⁹ Sobre la trascendencia de esta disposición, vid. SOLAZZI, S., *Qui infanti proximi sunt*, cit., pp. 579 ss.; ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 434 nt. 13; VOCI, P., *Diritto ereditario* II, cit., pp. 506 ss.; LAMBERTI, F., *Su alcune distinzioni*, cit., pp. 234 ss.

¹⁷⁰ A este respecto, vid. ANKUM, H., «Les infanti proximi dans la Jurisprudence classique», en *Estudios en homenaje al profesor Hernández Tejero*, vol. 2 (Madrid, 1994), pp. 53 ss.

¹⁷¹ Vid. *infra* Teoph. Paraph., 3.19.10.

¹⁷² Vid. *supra* Gai. 3.106-109.

¹⁷³ Sin embargo, LAMBERTI, F., *Su alcune distinzioni*, cit., pp. 212 ss. sostiene que esta terminología no aparece reflejada en la experiencia jurídica romana, sino que se trata de una construcción dogmática que se utiliza con posterioridad para analizar de forma sistemática el tratamiento diferenciado que recibían los pupilos romanos en función de su edad. A este respecto recoge abundante bibliografía sobre los manuales modernos que han acogido esta distinción en la nota 3.

Ahora bien, pese a que la redacción de las Instituciones de Justiniano suponía un importantísimo avance a la hora de consolidar la categorización de los impúberes en tres grupos claramente diferenciados, sin embargo no recoge ninguna alusión a las edades con las que se alcanzaba cada una de esas categorías. En este sentido, el paso decisivo parece encontrarse en la denominada Paráfrasis de Teófilo¹⁷⁴.

Teoph. Paraph., 3.19.10: Sed quod diximus de pupillis, de his utique verum est, qui iam aliquem intellectum eorum quae geruntur habent: infans enim et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant. Qui enim hanc aetatem agunt, nullum intellectum habere intelleguntur. Cum vero ‘pupillum’ dixi, generatim admonendus est pupilli aetatem trifariam dividi; pupillorum enim alii infantes sunt, veluti lactantes paullove maiores natu, alii proximi infanti dicuntur, qui recte loqui incipiunt, alii denique proximi pubertati. Et infans quidem stipulari nequit, cum ne loqui quidem possit; et nihilo magis proximus infanti qui septimum vel octavum agit annum. Hic enim, licet exprimere verba possit, nequit intellegere quid dicta significant, proximus vero pubertati valide stipulatur, cum et verba pronuntiare et quae dicit intelligere possit. Placuit vero non secundum iuris subtilitatem, sed per benigniorem interpretationem proximum infanti valide stipulari, sicuti proximum pubertatis. Pupillus autem, qui in patris potestate est, patris quidem auctoritate obligatur.

Esta información resulta fundamental para confirmar nuestras suposiciones, pues en el texto no solo se indica que entre los pupilos se distinguen tres grandes categorías – *infantes*, *infanti proximi* y *pubertati proximi* –, sino que además aparecen relacionados los *infanti proximi* con aquellos menores que habiendo cumplido siete u ocho años eran capaces de hablar, pero no comprendían las consecuencias que se derivaban de los actos jurídicos que mismos podían llevar a cabo. En consecuencia, mientras que por una parte se afirmaba que en un primer momento tanto los infantes como los *infanti proximi* no estaban capacitados para realizar estipulaciones, luego se matiza que con respecto a estos últimos podía contemplarse una *benignior interpretatio*, en virtud de la cual se consideraba que la estipulación concluida por estos menores de siete u ocho años era tan válida como la concluida por los *pubertati proximi*.

¹⁷⁴ La reproducción de la versión latina expuesta en esta página procede de FERRINI, C., *Institutionum Graeca Paraphrasis Teophilo*, cit., pp. 338 ss.

Este testimonio completa la evolución histórica en torno a la categorización de los impúberes que habría surgido en época antigua, sería luego objeto de debate en el ámbito jurisprudencial y tras diversas vicisitudes en el ámbito bajoimperial desemboca en la fijación que encontramos en la Paráfrasis de Teófilo¹⁷⁵. Frente a los testimonios recogidos en las instituciones de Gayo y Justiniano, la Paráfrasis de Teófilo supone avanzar un paso más al relacionar la condición de *infanti proximus* con la edad de siete u ocho años, relación que no obstante ya aparece apuntada en otros pasajes recogidos en la compilación de Justiniano antes mencionados.

De esta forma, debemos concluir que desde la época antigua los romanos tienden a distinguir entre aquellos menores que reciben la denominación de *infantes* porque eran incapaces de pronunciar las palabras solemnes para comprometerse jurídicamente y los llamados *infantia maiores*. Ahora bien, entre estos últimos parece que se distinguió a su vez entre los *infanti proximi*, que siendo capaces de hablar correctamente no llegaban a comprender la trascendencia de las actuaciones que concluían, y los *pubertati proximi* que hablaban y comprendían las consecuencias de sus actos.

Con el fin de sistematizar esta categorización, desde la época antigua se habría intentado sustituir el ambiguo criterio de la capacidad intelectual por el establecimiento de una edad en la que objetivamente se alcanzaba esa madurez intelectual y que finalmente quedaría plasmada en los siete años. De esta forma, a medida que los menores crecían adquirirían un mayor margen de actuación y responsabilidad en el plano jurídico, lo que indefectiblemente afectaba también a las funciones que sus tutores debían desempeñar en relación con la gestión de los asuntos patrimoniales del pupilo.

¹⁷⁵ COPPOLA BISAZZA, G., *Qualche puntualizzazione*, cit., p. 2.

2.3. UNA ADMINISTRACIÓN TUTELAR PARA LOS MENORES *QUI FARI NON POSSUNT*

En este apartado vamos a centrar nuestra atención en los *infantes*, es decir, en aquellos pupilos que “*fari non possunt*” porque eran demasiado pequeños para expresar y entender las antiguas fórmulas solemnes. Precisamente por su condición de incapaces estos menores se equiparaban a los *furiosi*¹⁷⁶, pues en ambos casos carecían de la capacidad suficiente para expresar un pensamiento razonable. Al igual que las personas dementes contaban con un curador que se encargaba de administrar su patrimonio, los infantes requerían que un tutor interviniese en todas sus actuaciones.

Esta asimilación implicaba que los tutores a cargo del patrimonio de un *infans* tuvieran reconocido un amplio poder de actuación con respecto a los bienes y asuntos patrimoniales del pupilo¹⁷⁷. La función tutelar que comprende todos los actos oportunos de gestión ordinaria sobre el patrimonio pupilar suele ser denominada por los tratadistas como *negotiorum gestio*. Se trata de una institución típicamente romana, pues antepone los intereses del *dominus negotii* por delante del provecho individual del gestor¹⁷⁸. Naturalmente, la máxima expresión en este ámbito se alcanzaría a finales del período republicano cuando el pretor introduce un edicto especial *de negotiis gestis*.

Originariamente el tutor debía concluir prácticamente todos los actos jurídicos por cuenta del pupilo en nombre propio, como si se tratase del verdadero dueño de los bienes del pupilo¹⁷⁹. Como consecuencia de ello, el tutor contaba con un amplísimo margen de actuación, que posiblemente en origen solo le constreñía a realizar aquellas actuaciones que se considerasen imprescindibles para conservar o incrementar el caudal patrimonial del pupilo. De esta forma, la única obligación del tutor consistía realmente en ejercitar sus poderes pensando en los intereses del pupilo.

¹⁷⁶ Vid. *supra* Gai. 3.109 (= Inst. 3.19.10); Cfr. Ulpiano, 13 *ad Ed.*, D. 4.8.27.5; Ulpiano, 17 *ad Ed.*, D. 8.2.5; Ulpiano, 45 *ad Sab.*, D. 39.1.10; Paulo, 17 *ad Ed.*, D. 5.1.12.2; Paulo, 2 *ad Sab.*, D. 29.2.9; Paulo, 11 *ad Sab.*, D. 39.1.11; Gai., 2 *aur.*, D. 44.7.1.13; Florentino, 10 *inst.*, D. 50.16.209; Pomponio, 16 *epist.*, D. 50.16.246 pr.; Paul. *Sent.* 4.12.7; 5.4.2.

¹⁷⁷ Cfr. Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.1.2.

¹⁷⁸ MIQUEL, J., *Derecho privado romano* (Madrid, 1992), p. 340, destaca que “a la admisión de la figura de la *negotiorum gestio* debe de haber contribuido, sin duda, la extroversión, propia del espíritu latino. De hecho, ordenamientos jurídicos que arrancan de presupuestos sociales individualistas, como pueden ser los Derechos anglosajones, no reconocen la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato”.

¹⁷⁹ Sobre la condición de *domini loco* del tutor pueden encontrarse numerosas referencias en las obras de Paulo, 7 *ad Plaut.*, D. 26.7.27; Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.3; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.7; Juliano, 22 *dig.*, D. 47.2.57.4; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 50.17.157 pr.

Con respecto al contenido de sus gestiones, el tutor estaba facultado para realizar casi todo tipo de negocios que afectasen al patrimonio pupilar. Sin embargo, a medida que la tutela se convierte en una institución de carácter asistencial, se produce la aparición de distintas limitaciones en la gestión del tutor. La gran mayoría de estas restricciones provenían de costumbres romanas que trataban de preservar la idea de que las funciones tutelares debían desempeñarse anteponiendo los intereses del pupilo sobre cualquier otra consideración personal del tutor¹⁸⁰.

En este sentido, el tutor debía cumplir una serie de obligaciones en relación con sus competencias administrativas, en las que tenía el deber de proceder con austeridad y moderación en sus gastos, como si se tratara de su propio patrimonio.

Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.7.12.2: *Nimium est, licere tutori respectu exitiationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.*

En relación con estos deberes negociales, el tutor debía hacerse cargo de vender todos los bienes perecederos que se encontrasen en el patrimonio pupilar, incluso aun cuando esto supusiera desatender las órdenes que había dispuesto el *pater familias* del pupilo¹⁸¹. De esta forma, se hacía responsable por la pérdida que pudiera producirse en el caso de haberse demorado excesivamente en la venta de estos bienes.

Ulpiano 35 *ad Ed.*, D.26.7.7.1: *Si tutor cessaverit in distractione earum rerum, quae tempore depereunt, suum periculum facit; debuit enim confestim officio suo fungi. Quid, si contutores exspectabat vel differentes, vel etiam volentes se excusare, an ei ignoscatur? Et non facile ignoscetur; debuit enim partibus suis fungi non quidem praecipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione.*

Otro de los deberes del tutor consistía en la obligación genérica de tener que invertir adecuadamente el capital del pupilo. Concretamente, parece que en ese contexto el tutor se encontraba constreñido a realizar ciertas actuaciones negociales como podían

¹⁸⁰ A este respecto, resultan especialmente ilustrativas las palabras de Cicerón sobre la finalidad de la tutela en su *de officiis* 1.85: *Ut enim tutela, sic procuratio rei publicae ad eorum utilitatem, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa est, gerenda est.*

¹⁸¹ Vid. Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.5.9: *Usque adeo autem licet tutoribus patris praeceptum neglegere, ut, si pater caverit, ne quid rei suae distraheretur vel ne mancipia distraherentur vel ne vestis vel ne domus vel ne aliae res periculo subiectae, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem.*

ser la constitución de depósitos con el fin de invertir ese dinero en bienes inmuebles¹⁸². En el caso de que los tutores descuidaran la compra de predios, se podía actuar contra ellos para reclamar los intereses dejados de percibir.

Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.7.3: *Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri: quamquam enim a praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia, nisi si per eos factum non est quo minus compararent.*

Alternativamente a la inversión en bienes inmuebles, el tutor estaba facultado para prestar el dinero del pupilo a intereses que generasen un beneficio interesante para el patrimonio pupilar¹⁸³. Ahora bien, estas actuaciones implicaban un cierto riesgo, por lo que no siempre podían llevarse a cabo. No obstante, en los comentarios al edicto provincial de Gayo se recuerda que los tutores no podían escudarse en que no habían encontrado un préstamo conveniente para el dinero de sus pupilos cuando los mismos tutores habían invertido ventajosamente sus propios ahorros.

Gayo, *12 ad Ed. prov.*, D. 26.7.13.1: *Non est audiendus tutor, cum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.*

En este mismo sentido, el tutor debía encargarse de exigir el pago de los créditos favorables al patrimonio pupilar¹⁸⁴ y de pagar tanto las deudas del pupilo¹⁸⁵, como los legados y fideicomisos pendientes¹⁸⁶. En estos casos debía actuar incluso si el crédito o la deuda habían sido contraídos por el propio tutor¹⁸⁷.

¹⁸² Además del fragmento anteriormente mencionado, esta función del tutor aparece recogida en Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.7.3; Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.3.2; D. 26.7.5 pr.; D. 26.7.7.4; D. 26.10.3.16; Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.4.3.6; Paulo, *2 sent.*, D. 26.7.49; C.I. 5.37.4-5 (a. 213-215); 5.56.3 (a. 228).

¹⁸³ Además del fragmento arriba mencionado, esta función del tutor aparece recogida en Escévola, *2 Resp.*, D. 26.7.47.5; D. 26.7.58.1; D. 26.7.58.3; Paulo, *38 ad Ed.*, D. 26.7.12.4; Paulo, *2 sent.*, D. 26.7.15; Paulo, *6 ad Sab.*, D. 26.7.16; Paulo, *4 resp.*, D. 26.46.2; Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.7.4; 6; 8; 9 pr.; Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.4.3.2-4; *Paul. Sent.* 2.14.6; C.I. 5.37.22.5 (a. 326); 5.56.3 (a. 228).

¹⁸⁴ Sobre esta obligación, *vid.* Paulo, *9 resp.*, D. 26.7.46.5; Paulo, *2 sent.*, D. 26.7.15; Paulo, *4 ad Sab.*, D. 46.3.10; Escévola, *2 resp.*, D. 26.7.47 pr.; 57 pr.; Ulpiano, *30 ad Sab.*, D. 46.3.14.1; 4-6; C.I. 5.51.2 (a. 213); 5.37.18 (a. 293); 5.37.25 (a. 531); 27 (a. 531).

¹⁸⁵ *Cfr.* Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.4.3.1; C.I. 5.37.23 (a. 333).

¹⁸⁶ *Vid. supra* Gayo, *12 ad Ed. prov.*, D. 26.7.13.2.

¹⁸⁷ *Cfr.* Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 26.7.9.3.

Paulo, 9 resp., D. 26.7.46.7: *Tutoribus concessum est, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso iure liberentur, non etiam donare, vel etiam deminuendi causa cum iis transigere; et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse.*

Junto a estas primeras restricciones procedentes de la propia práctica jurídica, a medida que se consolida la homogeneización de la institución, la autoridad pública interviene cada vez más decididamente a la hora de regular el régimen de competencias de los tutores. Así, se fueron delineando una serie de limitaciones en relación con la gestión tutelar que, cuando no fue posible introducir por vía de la interpretación, hicieron precisa la intervención normativa imperial.

Una de estas limitaciones establecía que al adquirirse la condición de tutor se debía realizar un inventario de los bienes del pupilo a los efectos de rendir cuentas al término de su gestión¹⁸⁸. En caso de que el tutor incumpliera esta obligación de manera injustificada, podía ser considerado culpable de fraude y tener que indemnizar al pupilo por los perjuicios que su omisión hubiera podido causarle.

Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.7.7 pr.: *Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest; quod ex iureiurando in litem aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam exspectare possit.*

Aunque la realización del inventario por parte del tutor estaba prevista desde la época clásica, gracias a una constitución de los emperadores Arcadio y Honorio termina por convertirse en obligación inherente al cargo, de forma que el tutor no puede asumir la gestión sin haber realizado previamente un inventario de los bienes pupilares.

C.I. 5.37.24 pr.: Imp. Arcad., Honor. AA. Eutychiano. *Tutores vel curatores, mox quam fuerint ordinati, sub praesentia publicarum personarum inventarium sollemniter rerum omnium et instrumentorum facere curabunt* (a. 396).

¹⁸⁸ Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.3; Escévola, 10 dig., D. 26.7.57 pr.; Modestino, 6 resp., D. 26.7.32 pr.; C.I. 5.53.4 (a. 238); 5.53.5 (a. 294); 5.37.22.2 a (a. 326); 5.51.13.2-3 (a. 530).

Íntimamente relacionada con la obligación de constituir un inventario antes de hacerse cargo de la gestión tutelar, aparece también en época clásica el deber de rendir cuentas de los resultados económicos una vez finalizada la tutela. De esta forma, parece que el tutor estaba obligado a llevar un registro de las cuentas (*liber rationum*), aunque de acuerdo con el testimonio de Ulpiano, parece que esa tarea habría sido encomendada a los esclavos, que podían llegar a ser sometidos a torturas si se negaban a presentar las cuentas de la administración tutelar.

Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.3: *Officio tutoris incumbit etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere: ceterum si non fecit aut si factas non exhibet, hoc nomine iudicio tutelae tenebitur. De servis quoque interrogationes, sed et quaestiones habendas et hoc officio iudicis convenire placuit. Nam divus Severus decrevit, cum neque inventaria neque auctionalia proferantur, remedio eo uti debere, ut rationes a servis qui rem gesserant proferantur: has rationes si esse mala fide conscriptas a servis dicunt tutores, etiam in quaestionem servi interrogari poterunt.*

Junto a esta obligación de constituir un inventario antes de comenzar la gestión tutelar, durante la época clásica también se imponen nuevas restricciones encaminadas a limitar la discrecionalidad del tutor. En este sentido, tanto la jurisprudencia como la práctica judicial terminaron por consolidar el principio de que las donaciones acordadas por el tutor no debían provocar ningún perjuicio al pupilo¹⁸⁹.

Paulo, 3 *ad Ed.*, D. 26.7.22: *Tutor ad utilitatem pupilli et novare et rem in iudicium deducere potest: donationes autem ab eo factae pupillo non nocent.*

Con respecto a las disposiciones emanadas del poder imperial, la restricción más importante en relación con la capacidad dispositiva del tutor consistió en la emisión de una famosa *oratio* senatorial del año 195 d. C. promulgada a instancias del emperador Septimio Severo. Se trataba de una disposición que prohibía a los tutores la venta de predios rústicos del pupilo y asimilados, así como la posibilidad de gravarlos con garantías reales, salvo en el caso de que el antiguo *pater familias* hubiera indicado esta previsión expresamente en el testamento o en el codicilo.

¹⁸⁹ Vid. *supra* Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.7.12.3.

Ulpiano, 35 ad Ed., D. 27.9.1 pr.: *Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.*

1. *Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iuniis.*

2. *Et sunt verba eius huiusmodi: "praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo".*

Como se desprende de la propia redacción, la *oratio* también contemplaba la posibilidad de que la venta o la garantía real de los predios rústicos resultasen indispensables a causa de las deudas del pupilo. En estos supuestos, únicamente se podría llevar a cabo la enajenación una vez que el pretor urbano hubiera estudiado el caso concreto y dado su visto bueno¹⁹⁰. También tenía cabida la enajenación si se trataba de una cosa común y algún condueño promovía su división, o cuando se ejercitaba ese derecho de división por parte de un acreedor que había recibido un fundo en prenda por parte del ascendiente del pupilo en cuestión¹⁹¹.

A raíz de esta disposición habría arrancado históricamente una tendencia¹⁹² en favor de la consideración de que los tutores no podían enajenar cosas relevantes del patrimonio pupilar. Diversas constituciones imperiales permitieron extender el alcance de la prohibición a la enajenación de fundos que estaban siendo poseídos de buena fe y a la constitución de gravámenes sobre los bienes pupilares¹⁹³.

¹⁹⁰ En este sentido, cabe destacar que la *oratio* preveía la posibilidad de que el decreto de autorización de la enajenación del fundo pupilar se hubiera falsificado, en cuyo caso se permitía que cuando el pupilo alcanzase la pubertad pudiera ejercitar una acción reivindicatoria contra el tercero al que el tutor había enajenado el fundo (Ulpiano, 35 ad Ed., D. 27.9.5.15; 10; C.I. 5.71.5 (a. 260)).

¹⁹¹ BRASIELLO, U., «Pegno e *mancipatio fidei* causa nella alienazione dei beni degli incapaci», en *RIDA*, 4 (1950), pp. 203 ss.

¹⁹² Vid. por todos FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos*, cit., p. 163.

¹⁹³ Vid. Ulpiano, 35 ad Ed., D. 27.9.1.4; D. 27.9.3.4; C.I. 5.71.4 (a. 260); 5.71.13 (a. 293).

Durante el mandato del emperador Constantino la prohibición alcanzaría a los inmuebles de todo tipo y a las cosas muebles de valor, tales como objetos de oro, adornos de plata, vestidos, esclavos o el mobiliario más valioso¹⁹⁴.

C.I. 5.37.22 pr.: *Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum argentum gemmas vestes ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos balnea horrea atque omnia intra civitates venderent omniaque ad nummos redigerent praeter praedia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est* (a. 326).

La disposición de Constantino derogaba una *lex*, posterior a la *oratio* de Severo, que imponía a los tutores y curadores la obligación de vender todos los bienes valiosos del patrimonio pupilar salvo los *praedia et mancipia rustica*. Esta prohibición se enmarca dentro de una política de protección de los intereses del menor, en la que no se permite que el tutor pueda vender ningún bien valioso del patrimonio pupilar sin la autorización oficial pertinente.

C.I. 5.37.22.1: *Praecipimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere, nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere vel pignorarare vel in dotem dare in praeteritum licebat, scilicet per inquisitionem iudicis, probationem causae, interpositionem decreti, ut fraudi locus non sit* (a. 326).

Cualquier enajenación que fuera realizada sin el correspondiente decreto de autorización se consideraba nula. De esta forma, el tutor tan sólo podía disponer libremente de determinados bienes del patrimonio pupilar que no revestían gran valor¹⁹⁵, como podían ser vestidos que se hubieran visto deteriorados por el uso frecuente¹⁹⁶ o animales que se considerasen superfluos¹⁹⁷.

¹⁹⁴ *Cod. Theod.* 3.30.3: *Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum argentum gemmas vestes ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos balnea horrea atque omnia intra civitates venderent omniaque ad nummos redigerent praeter praedia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est. Praecipimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere, nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere vel pignorarare vel in dotem dare in praeteritum licebat, scilicet per inquisitionem iudicis, probationem causae, interpositionem decreti, ut fraudi locus non sit.*

¹⁹⁵ MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 258.

¹⁹⁶ *Cfr.* C.I. 5.37.22.6 (a. 326).

Toda esta corriente prohibicionista culmina en una estricta observancia de la actividad tutelar en época de Justiniano. En esa época se establece que los magistrados deben vigilar las actuaciones del tutor, prestando especial atención a actividades como la venta de cosas perecederas, el cobro de créditos y rentas, el pago de deudas legítimas y el control en actividades de tráfico negocial que pudieran entrañar algún tipo de riesgo para el patrimonio pupilar, tales como inversiones de capital, compras de inmuebles o participaciones en negocios. De esta forma, los únicos actos que el tutor podía realizar libremente en época de Justiniano eran la venta de los frutos producidos por los bienes pupilares y la aceptación de pagos de pequeños créditos.

C.I. 5.37.28.5: *Imperator Justinianus A. Iohanni pp. Hisque adicimus nullam neque in hoc capitulo ambiguitatem relinquentes tutoribus et omnibus curatoribus licere fructus, sive qui ex redditibus praediorum colliguntur sive ex substantia personarum quarum gubernationem habent inventi fuerint, id est vinum et oleum et frumentum vel cuiuscumque speciei sunt, sine decreto distrahere iusto pretio, quod in his locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis noscitur obtinere, et quae ex venditione eorundem fructuum colliguntur pecuniae, cum alia pupillorum vel adultorum aliarumque personarum substantia administrentur* (a. 531).

¹⁹⁷ Cfr. C.I. 5.37.22.7 (a. 326).

2.4. AUCTORITAS TUTORIS

De conformidad con los resultados alcanzados a lo largo del presente estudio, consideramos que desde la época antigua los romanos distinguían entre los *infantes qui fari non possunt* y los menores que estaban capacitados para expresarse adecuadamente y, de esta forma, podían concluir los negocios jurídicos personalmente. Estos recibían la calificación general de *infantia maiores*, aunque como hemos señalado anteriormente se podían distinguir distintas categorías en función de su capacidad intelectual¹⁹⁸.

En contraposición a los menores incapaces de expresar un testimonio razonable, los *infantia maiores* tenían reconocida cierta capacidad de actuación directa en el tráfico jurídico y presentaban cierta responsabilidad por sus actos, incluso aunque no llegasen a entender todas las consecuencias jurídicas de los actos que realizaban¹⁹⁹. Sin embargo, su capacidad de actuación era limitada, de forma que si bien estaban facultados para realizar algunos actos patrimoniales por su cuenta, requerían la intervención del tutor para concluir otros muchos. Por este motivo, se suelen distinguir tres modalidades de actuación tutelar en relación con estos impúberes²⁰⁰.

En primer lugar, se contemplaba que los asuntos pupilares quedasen en manos del tutor, quien se encargaría de realizar todos los actos oportunos de gestión tutelar en interés del pupilo a través de la *negotiorum gestio*. Esta situación podía producirse cuando el impúber se encontrase ausente o, aun estando presente y teniendo reconocida cierta capacidad de actuación, es factible pensar que en muchas ocasiones los menores prefiriesen dejar los asuntos negociales en manos de sus tutores.

En segundo lugar, se admitía que, por razones de utilidad²⁰¹, los *infantia maiores* pudieran realizar actos jurídicos por su cuenta. En relación con esta facultad, el impúber podía realizar cualquier acto jurídico que mejorase su posición económica²⁰², como por ejemplo, la adquisición de nuevos bienes patrimoniales²⁰³.

¹⁹⁸ Vid. *supra* capítulo VI apartado 2.2.

¹⁹⁹ A este respecto, vid. Paulo, 2 *ad Sab.*, D. 29.2.9; Gayo, 2 *aur.*, D. 44.7.1.13; Gayo, 27 *ad Ed. prov.*, D. 46.6.6; Paulo, 6 *ad Sab.*, D. 50.17.5.

²⁰⁰ VOCI, P., *Manuale di diritto romano*, cit., p. 268.

²⁰¹ Vid. *supra* Gai. 3.109.

²⁰² Gai. 2.83: *Et ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est.*

²⁰³ Vid. Gayo, 12 *ad Ed. prov.*, D. 26.8.9 pr.

Sin embargo, lo más normal en estas circunstancias era que el pupilo interviniese personalmente en los actos jurídicos y negociales que le afectaban directamente, pero contando siempre con el visto bueno emitido previamente por parte del tutor para que ese acto adquiriese plena validez jurídica. Esta *auctoritas tutoris* se empleaba en todos aquellos negocios jurídicos solemnes del *ius civile*, aunque tenía especial trascendencia en aquellos actos jurídicos que podían comportar efectos desfavorables o la asunción de obligaciones jurídicas para el pupilo.

El concepto de *auctoritas* presenta un significado ciertamente amplio, dado que se aplica a múltiples ámbitos de la esfera jurídica romana. De acuerdo con la posición defendida por la mayor parte de la doctrina, el término surgió como concepto unitario²⁰⁴ y, sólo con el devenir del tiempo, diversificó su contenido. Por ese motivo, a pesar de la dificultad de presentar una definición general de *auctoritas*, se trata de un término que siempre está en relación con la idea de confirmar la validez de un acto jurídico.

Dejando a un lado los numerosos significados que presenta este término²⁰⁵, nosotros nos vamos a centrar en la llamada *auctoritas tutoris*. En la actualidad, se suele definir como una declaración realizada por el tutor con el fin de incrementar la eficacia jurídica del acto solemne previamente realizado por el pupilo para que éste alcance plena validez jurídica o, acaso mejor, para evitar que ese acto jurídico resultase nulo o tan sólo se derivasen efectos jurídicos de forma parcial.

²⁰⁴ El término *auctoritas* proviene del verbo latino *augeo*, cuya raíz indoeuropea *au* entraña la idea de aumentar, acrecer, reforzar, o incrementar. Dado que la *auctoritas* es un deverbativo de *augeo*, se puede afirmar que se trata de la cualidad del *auctor*. Ese *auctor*, que en nuestro caso sería el tutor, es capaz de hacer crecer, reforzar o incrementar la capacidad de otros, que en nuestro caso serían los pupilos. Para más información acerca del origen unitario del término *vid.* MOMMSEN, T., *Staatsrecht* III.2, cit., pp. 134 ss.; HEINZE, R., «*Auctoritas*», en *Hermes*, 60 (1925), pp. 348-366; BISCARDI, A., «*Auctoritas Patrum*», en *BIDR*, 48 (1941), pp. 111 ss.; AMIRANTE, L., «*Il concetto unitario dell' "auctoritas"*», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario* (Nápoles, 1948), pp. 375-390; ID., «*Auctoritas*», en *Novissimo Digesto Italiano*, 12 (Turín, 1957) pp. 1536-1539; CASTRESANA, A., «En busca de un significado unitario del término "*auctoritas*"», en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. 1 (Madrid, 1988), pp. 183-196; DOMINGO, R., *Auctoritas en Derecho romano* (Pamplona, 1999), pp. 1 ss.; CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I., *El significado unitario del término "Auctoritas" en sus orígenes*, Tesis Doctoral (2009).

²⁰⁵ Un compendio de las múltiples aplicaciones que recibe el concepto técnico de *auctoritas* se puede encontrar en ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 492 nt. 305, donde se indican las fuentes romanas que aluden a los conceptos de *auctoritas patrum*, *auctoritas senatus*, *auctoritas principis*, *auctoritas populi*, *auctoritas pontificium*, *auctoritas* de los juristas, *auctoritas rei iudicatae*, *auctoritas iuris*, *auctoritas senati consulti* y también se indican aquellas que hacen referencia a la noción de *auctoritas* en relación con el sujeto transmitente en la *mancipatio*.

Dado que la *auctoritas tutoris* presuponía la realización de actos jurídicos, solo se podía utilizar cuando la tutela recaía sobre pupilos que, siendo impúberes, habían superado la etapa de la infancia²⁰⁶. Hay que recalcar que no se trataba en ningún caso de una autorización del tutor, pues la *auctoritas* se prestaba después de haberse realizado el acto jurídico en cuestión, pero tampoco podía considerarse una adhesión al mismo. En realidad, el tutor actuaba como un cooperador necesario del pupilo para completar su insuficiente capacidad de actuación en el plano jurídico.

En sus orígenes la *auctoritas tutoris* se habría aproximado bastante a la noción de patria potestad, de manera que en las fuentes encontramos tanto referencias a la *potestas* del tutor²⁰⁷, como alusiones a la *auctoritas* del *pater familias*²⁰⁸. De hecho, la inmensa mayoría de la doctrina considera que la *auctoritas* era la función originaria del tutor y que la *negotiorum gestio* habría surgido con posterioridad, en respuesta a la incapacidad casi absoluta de algunos menores.

Esto se debe a que durante la época antigua se prefería, siempre que esto fuese posible, que fuera el propio pupilo quién personalmente concluyese cada acto jurídico, limitándose el tutor a ratificar esa actuación con su *auctoritas*²⁰⁹. Únicamente a partir de la aparición de la *negotiorum gestio*, se habría comenzado a utilizar la *auctoritas tutoris* de manera mucho más restringida, solo para casos en los que el pupilo había superado la infancia y realizaba actos que requerían ser convalidados.

En este sentido, parece que la nueva función de la *auctoritas tutoris* se ciñe a la concepción asistencial de la tutela que paulatinamente se va consolidando a lo largo de la época antigua: mientras que los *infantia maiores* estaban facultados para realizar por sí mismos todos aquellos actos que mejorasen su posición económica²¹⁰, la necesidad de actuar bajo el paraguas de la *auctoritas tutoris* parece restringirse a supuestos en los que podían derivarse efectos jurídicos perjudiciales para el pupilo.

²⁰⁶ En ciertos casos excepcionales, también se terminó admitiendo en época clásica el ejercicio de la *auctoritas tutoris* con los *infantes*, como por ejemplo sucedía en los actos de adquisición de la posesión, *vid.* Paulo, *15 ad Sab.*, D. 41.2.32.2; C.I. 7.32.3 (a. 250).

²⁰⁷ En este sentido, cabe recordar la famosísima definición de tutela atribuida a Servio Sulpicio Rufo, *vid. supra* Paulo, *38 ad Ed.*, D. 26.1.1 pr.; Gell., *Noct. Att.* 5.19.10.

²⁰⁸ *Cfr.* Paulo, *1 ad Sab.*, D. 23.2.3; Ulpiano, *26 ad Sab.*, D. 23.2.9 pr.

²⁰⁹ PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 117 y 450.

²¹⁰ Se trata de una idea que aparece expresamente referida en varios textos de Gai. 2.83; Gayo, *1 ad Ed. prov.*, D. 2.14.28 pr., así como en las Instituciones de Justiniano (Inst. 1.21 pr.).

Entre las actuaciones que se consideraban potencialmente perjudiciales para los intereses del pupilo, las fuentes aluden especialmente a las enajenaciones de los bienes que formaban parte del patrimonio pupilar. En este sentido, no se admitía que el menor enajenase ningún bien sin que mediase la *auctoritas* del tutor.

Gai. 2.80: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi uero feminam quidem posse, pupillum non posse.*

Las fuentes también indican que el pupilo requería de la *auctoritas tutoris* para contraer deudas²¹¹ o manumitir esclavos²¹², pues estas actuaciones entrañaban una disminución del patrimonio pupilar. Sin embargo, es posible que en la práctica el tutor interviniese prácticamente en todos los negocios solemnes del *ius civile*, pues Paulo afirmaba que los *infantes* no podían celebrar ningún contrato, pero los *infantia maiores* podían concluirlos todos acompañados de la intervención del tutor.

Paulo, 2 *ad Sab.*, D. 50.17.5: *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellegerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.*

En relación con la forma, la *auctoritas tutoris* se interponía atendiendo a solemnidades que tienden a desaparecer con el paso del tiempo. Durante la época antigua se requería la presencia física del tutor con la finalidad de que emitiese una declaración explícita de carácter oral²¹³, incondicional²¹⁴ y que además debía realizarse con posterioridad a la declaración del pupilo²¹⁵. Sin embargo, todos estos formalismos aparecen notablemente atenuados durante el período clásico.

²¹¹ Gai 2.84: *Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est.*

²¹² Gayo, 12 *ad Ed. prov.*, D. 26.8.9.1: *Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse. hoc amplius licet tutoris auctoritate manumittat, debet e lege aelia sentia apud consilium causam probare. Cfr. Pomponio, 1 *ad Sab.*, D. 40.2.1; Paulo, 2 *ad Ner.*, D. 40.2.24; Modestino, 1 *diff.*, D. 40.5.11.*

²¹³ Algunos autores han sostenido que la *auctoritas tutoris* habría podido interponerse a través de dos estipulaciones cruzadas, aunque ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 494, nt. 10, considera más probable que en época antigua bastase con la declaración del tutor para validar actos unilaterales del pupilo.

²¹⁴ Ulpiano, 48 *ad Sab.*, D. 26.8.8.

²¹⁵ Ulpiano, 8 *ad Sab.*, D. 29.2.25.4.

En un primer momento se requería la presencia física del tutor en el momento de realización del acto jurídico por parte del pupilo, sin que se admitiese una *auctoritas interpositio* diferida en el tiempo o a través de un mensajero²¹⁶. Sin embargo, con el paso del tiempo parece haberse admitido la posibilidad de que el tutor no se encontrase presente y se admitía que prestase su *auctoritas* por escrito.

Gayo, 12 ad Ed. prov., D. 26.8.9.6: *Etiam si non exaudiat tutoris auctoritatem is qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc adprobetur, recte negotium geritur, veluti si absenti pupillo per epistulam vendam aliquid aut locum et is tutoris auctoritate consentiat*²¹⁷.

Ahora bien, en ningún momento se llegó a admitir que la simple presencia del tutor fuese suficiente para otorgar eficacia jurídica al acto, puesto que se exigía además una cierta actitud proactiva²¹⁸, que solía consistir en la declaración oral del tutor. En este sentido, durante la época clásica no cabe duda de que bastaba la simple aprobación oral del tutor para dotar de eficacia jurídica al acto realizado por el pupilo. De acuerdo con el testimonio de Paulo, sabemos que desde la época de los Antoninos ya no se utilizaba la fórmula de la *interrogatio* para interponer la *auctoritas tutoris*.

Paulo, 8 ad Sab., D. 26.8.3: *Etiam si non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas eius, cum se probare dicit id quod agitur: hoc est enim auctorem fieri*.

La mayor flexibilidad a la hora de interponer la *auctoritas* supone una verdadera transformación de la institución, que parece estar asociada a la nueva función asistencial que presenta la tutela desde finales del período republicano. Si durante la época antigua la intervención del tutor completaba la declaración del pupilo, en el período clásico se considera que prácticamente puede suplirla²¹⁹. La atención se centra sobre la persona del tutor, que es el responsable de todos los asuntos pupilares.

²¹⁶ Gayo, 12 ad Ed. prov., D. 26.8.9.5: *Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistulam interposita eius auctoritas nihil agit*.

²¹⁷ Es prácticamente seguro que se trata de un pasaje interpolado, pues el contenido de este fragmento no resulta coherente con la afirmación sobre el requisito presencial recogida en el fragmento al que hemos hecho referencia anteriormente, *vid. supra* Gayo, 12 ad Ed. prov., D. 26.8.9.5.

²¹⁸ Ulpiano, 1 ad Sab., D. 26.8.1.1: *Tutor si invitatus retentus sit per vim, non valet quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset*.

²¹⁹ En relación a esta interpretación, VARELA MATEOS, E., *De contutoribus (la cotutela en Derecho Romano)*, Tesis doctoral (Madrid, 1976), pp. 175 ss.

Por ese motivo, se consideraba que la prestación de la *auctoritas tutoris* debía ser fruto de la libre decisión del tutor. Bajo ninguna circunstancia podía obligarse al tutor a prestar su *auctoritas*, aunque éste estaba obligado a responder por las posibles consecuencias desfavorables que se derivasen de su omisión.

Paulo, 6 ad Ed., D. 26.8.17: *Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.*

Esta responsabilidad del tutor se deduce del hecho de que en el caso de que un acto del pupilo hubiera requerido de la *auctoritas* del tutor y este no hubiera accedido a prestársela, el acto jurídico podía devenir completamente nulo o presentar cierta eficacia sólo con respecto a los efectos jurídicos que fueran favorables para el pupilo. En este último caso, las fuentes hablan de *negotium claudicans* y ponen algunos ejemplos de contratos con obligaciones bilaterales²²⁰.

Ante la inseguridad jurídica que generaba esta regulación, las fuentes recuerdan que un rescripto del emperador Antonino Pío habría mitigado el principio según el cual el pupilo no respondía de sus actos jurídicos realizados sin la *auctoritas* de su tutor cuando le resultaban perjudiciales²²¹. A partir de ese momento, se habría aceptado que el impúber debía responsabilizarse de las deudas surgidas del acto jurídico que había concluido personalmente hasta el límite del beneficio obtenido.

Por último, cabe destacar que el régimen jurídico de la *auctoritas tutoris* solo se aplicaba mientras estaba vigente la tutela, de forma que una vez que el pupilo alcanzaba la pubertad se consideraba que ya se encontraba facultado para gestionar sus propios asuntos sin necesidad de ningún control tutelar. Con el acceso a la pubertad se lograba plena capacidad de obrar²²², lo que suponía que ese ciudadano romano podía valerse por sí mismo, pero también que era responsable de todos sus actos.

²²⁰ Vid. Ulpiano, 32 ad Ed., D. 19.1.13.29; Ulpiano, 40 ad Sab., D. 26.8.5.1.

²²¹ Ulpiano, 24 ad Sab., D. 26.8.1 pr.: *Et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet, divus pius antoninus rescripsit iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem. sed si auctor fiat, ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas: evidenter enim sua auctoritate rem acquirit.*

²²² BURDESE, A., *Sulla capacità*, cit., p. 62.; ALBANESE, B., *Le persone*, cit., pp. 514 ss.

Sin embargo, los juristas romanos advirtieron muy pronto que la concesión de esa plena capacidad de obrar a personas tan jóvenes implicaba notables riesgos para su situación patrimonial. Tanto la falta de experiencia como el carácter impulsivo propio de la juventud podían llevar a situaciones de abuso o estafa. Con el objetivo de evitar esa actividad fraudulenta se establecieron normas que salvaguardaban los intereses de los púberes hasta que cumplían los veinticinco años.

Hasta esa edad los púberes estaban bajo una regulación especial, que les protegía del fraude patrimonial principalmente a través de tres medidas: la *legis actio Laetoriae*, acción popular ejercitable contra quienes se servían del engaño para aprovecharse de la inexperiencia del joven en el tráfico negocial, la *exceptio legis Laetoriae*, concedida por el pretor a los menores de veinticinco años con el fin de que pudieran paralizar a los acreedores fraudulentos que invocaban en juicio el cumplimiento del negocio concluido en perjuicio del menor y la *restitutio in integrum*, que permitía a los menores o a sus representantes solicitar al pretor la revocación del negocio perjudicial para el menor, con independencia de que hubiera existido o no engaño²²³.

A pesar de que toda esta regulación estaba pensada precisamente con el fin de salvaguardar los intereses de los púberes menores de veinticinco años, es cierto que limitaba su capacidad de obrar y con el tiempo llegó a causarles ciertos perjuicios, pues disuadía a posibles contratantes. Por este motivo se creó la llamada *cura minoris*, en virtud de la cual el magistrado tenía la facultad de nombrar un curador, a petición del interesado, para que se encargase de la administración de sus bienes.

La figura del *curator minoris* respondía a la de un gestor voluntario, ya que desde la época de Marco Aurelio se asignaba por el magistrado siempre que el menor de veinticinco años lo solicitase. Su función era auxiliar a este menor en los actos de gestión de su patrimonio. Adicionalmente, su intervención en las contrataciones del joven púber disminuía objetivamente la posibilidad de estafas e imprudencias²²⁴, y también facilitaba su actividad negocial reduciendo la aplicación de la *actio legis Laetoriae*, la *exceptio legis Laetoriae* y la *restitutio in integrum*.

²²³ Vid. por todos MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., pp. 260-261.

²²⁴ ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 520.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR IMPUBERUM

3.1. UNA POTESTAD CON LIMITACIONES

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, el cargo de *tutor impuberum* debía desempeñarse de manera diligente con el objetivo de que los pupilos no sufrieran ningún perjuicio derivado de su incapacidad de obrar. Esta obligación jurídica se habría reflejado históricamente en la atención que los tutores prestaban a ciertos aspectos del desarrollo personal de los menores, a la administración de sus asuntos patrimoniales y a la realización de ciertos actos jurídicos que posibilitasen que los impúberes realizasen negocios jurídicos que no habrían podido concluir por sí mismos.

A pesar de que la designación tutelar tenía como finalidad primordial proteger los intereses patrimoniales del pupilo, lo cierto es que en época antigua la salvaguarda del patrimonio pupilar debía ser una consecuencia de la potestad personal que el tutor ostentaba sobre el menor²²⁵. Dado que la designación de los primeros tutores se llevaba a cabo en función del orden de sucesión hereditaria legítima, el tutor también ostentaba la condición de heredero del pupilo y, en consecuencia, al proteger el patrimonio pupilar también estaba defendiendo sus propios intereses.

Así debe interpretarse la definición serviana de la tutela como *vis ac potestas*²²⁶, pues el tutor ostentaba el cargo como un verdadero derecho sucesorio, en cuanto que tenía ciertas expectativas de llegar a recibir los bienes del pupilo. Esto explica que las fuentes lo definan como *domini loco*²²⁷, pues se encargaba de administrar una serie de bienes patrimoniales que, en cierto sentido, le pertenecían. Esa concepción explica que originariamente el tutor gozase de amplísimas competencias para desempeñar su cargo, mientras que únicamente parece encontrarse limitado a respetar la obligación genérica de conservar e incrementar el patrimonio pupilar. Ahora bien, esa discrecionalidad no puede llevar a pensar que las facultades reconocidas a los primeros tutores pudieran ser equiparadas a los omnímodos poderes de un *pater familias*.

²²⁵ ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 480.

²²⁶ *Vid. supra* capítulo IV apartado 4.1.

²²⁷ Como hemos señalado en repetidas ocasiones, las múltiples alusiones a la condición de *domini loco* del tutor - Paulo, 7 *ad Plaut.*, D. 26.7.27; Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.3; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.7; Juliano, 22 *dig.*, D. 47.2.57.4; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 50.17.157 pr. – llevan a pensar en una cierta titularidad fiduciaria del patrimonio pupilar, aunque nosotros preferimos, en la línea de PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 115, hablar de un posible dominio funcional.

Como hemos destacado anteriormente, la especial intensidad de los poderes del *pater familias* sobre todas aquellas personas que ostentaban la condición de hijos de familia constituía uno de los rasgos característicos de la familia romana²²⁸. El amplio alcance de estas facultades se justificaba por la trascendencia de la función que debía desempeñar el *pater familias* a la hora de aunar los esfuerzos de todos los componentes de la comunidad doméstica para garantizar la continuidad familiar.

Por ese motivo, sus competencias no solo estaban destinadas a tomar decisiones en el ámbito jurídico, económico, político, religioso o procesal para garantizar la buena marcha de la familia, sino que también debía encargarse de sancionar adecuadamente a los miembros que no acatasen el orden interno de la comunidad. El extraordinario alcance del poder disciplinario reconocido al *pater familias* se reflejaba con especial intensidad en el denominado *ius vitae necisque*, que desde época antigua otorgaba la facultad de dar muerte a los propios hijos de familia²²⁹.

De remotísimo origen²³⁰, el *ius vitae necisque* representaba la máxima expresión de la autoridad patriarcal sobre los hijos de familia. Se trataba de un poder directamente asociado con la noción de *dominium*, en cuanto que el sometimiento al *pater familias* implicaba la posibilidad de ser castigado con la muerte. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto esta facultad disciplinaria podía emplearse de forma ilimitada o, por el contrario, solo podía ejercitarse en determinadas circunstancias.

²²⁸ Vid. *supra* capítulo IV apartado 1.1

²²⁹ Sobre la naturaleza y alcance jurídico del *ius vitae necisque*, vid. KASER, M., *Der Inhalt der patria potestas*, cit., pp. 62 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., vol. I, p. 424; DÜLL, R., «*Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*», en ZSS, 63 (1943), pp. 56 ss.; FRANCIOSI, G., *Familia e persone*, cit., pp. 55 ss.; BONFANTE, P., *Corso*, cit., pp. 7 ss.; WATSON, A., *Rome of the XII Tables*, cit., p. 42; VOCI, P., *Storia della patria potestas*, cit., pp. 420 ss.; ALBANESE, B., «Note sull'evoluzione storica del '*ius vitae ac necis*'», en *Scritti in onore de C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3 (Milán, 1948), pp. 343 ss. (= *Scritti giuridici I* (Palermo, 1991), pp. 3 ss.); CANTARELLA, E., «Famiglia romana e demografía sociale», en *Iura*, 43 (1992), pp. 104 ss.; VOLTERRA, E., *Il preteso tribunale domestico*, cit., pp. 243 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, cit., pp. 140-178; NÓTARI, T., «Remarques sur le *ius vitae necisque* et le *ius exponendi*», en *Studia iuridicophilologica I, Hungarian Polis Studies*, 14 (Debrecen, 2007), pp. 153-177; SANNA, M. V., «Dal *ius vitae ac necis* di una *lex regia* al *ius occidendi* della *lex iulia de adulteriis*. Note e interrogativi», en *Iuris Antiqui Historia* (2014), pp. 11-35.

²³⁰ A pesar de que resulta ciertamente complicado determinar con precisión el origen de esta facultad, casi todas las fuentes romanas remontan la aparición del *ius vitae necisque* a la época arcaica. Mientras que el Código de Justiniano alude genéricamente a los *maiores* (C.I. 8.46.10 (a. 323)), Dionisio de Halicarnaso 2.26 atribuye la concesión de este poder de vida o muerte a Rómulo, y la *Collatio* 4.8.1 hace referencia a una *lex regia*. Por su parte, Aulo Gelio recuerda que esta potestad aparecía mencionada en la fórmula de la *adrogatio* (*Noct. Att.* 5.19), que como hemos señalado anteriormente, se remontaba a los primeros compases de la historia jurídica romana.

La posición tradicional de la doctrina, marcadamente influenciada por la teoría política de la familia²³¹, ha considerado que esta potestad ponía de manifiesto el poder absoluto del *pater familias* en el ámbito doméstico. Sin embargo, con el tiempo se han desarrollado diversas hipótesis que tienden a limitar el alcance de esta competencia a través de los límites formales que podrían haberse exigido al *pater familias* a la hora de determinar su veredicto final, mediante la intervención del *consilium domesticum*²³² o debido a la imposición de límites desde el poder público²³³.

En relación con esta cuestión, algunas fuentes hacen referencia tanto a diversos casos en los que parece haberse ejercitado esta potestad paternal²³⁴, así como a posibles regulaciones establecidas desde la época arcaica. En este sentido, parecen atestiguar dos clases de limitaciones impuestas al *pater familias*: por un lado, diversas fuentes atestiguan que estaría obligado a dar muerte a cualquier niño que naciese con forma monstruosa²³⁵, pero, por otra parte, Gayo parece recordar que el *ius vitae necisque* solo podía ejercitarse cuando concurriese una justa causa.

²³¹ Debemos recordar que la denominada teoría política de la familia, expuesta de forma definitiva en la obra de Bonfante, defendía que el *pater familias* ocupaba una posición al frente del grupo familiar, de forma que ejercitaría una suerte de soberanía doméstica. De acuerdo con esta perspectiva, los poderes públicos carecerían de competencias para inmiscuirse en asuntos domésticos, que debían resolverse en el seno de la propia comunidad doméstica. El reconocimiento del *ius vitae necisque* en favor del cabeza de familia pondría de manifiesto hasta qué punto se respetaba antiguamente esa frontera infranqueable entre el ámbito público y la esfera familiar.

²³² A pesar de que parte de la doctrina tradicionalmente ha defendido que cuando las fuentes se refieren al antiguo *consilium domesticum* aluden a un verdadero órgano jurisdiccional que limitaba el alcance de los poderes del *pater familias* en el seno de la antigua familia romana, lo cierto es que las investigaciones realizadas por VOLTERRA, E., *Il preteso tribunale domestico*, cit., pp. 243 ss.; ID., «Sui mores della familia romana», en *Scritti giuridici*, VII (Nápoles, 1991), pp. 179 ss., han puesto de manifiesto que las funciones de este consejo doméstico eran mucho más limitadas, rechazando tajantemente la posibilidad de que en época antigua existiese un *iudicium domesticum* con capacidad para emitir veredictos con trascendencia jurídica suficiente como para delimitar la esfera de competencias del *pater familias*. Sobre la naturaleza y funcionamiento de esta institución familiar, *vid. infra* capítulo VI apartado 3.4.

²³³ En este sentido, algunos romanistas como KASER, M., *Der Inhalt der patria potestas*, cit., pp. 62 ss.; VOCI, P., *Storia della patria potestas*, cit., pp. 420 ss.; RABELLO, A., *Effetti personali*, cit., pp. 51 ss.; AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., «El origen de los poderes del "Paterfamilias" I: El "Paterfamilias" y la "Patria potestas"», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28 (2006), pp. 60 ss., han defendido la existencia de límites impuestos por la tradición consuetudinaria desde tiempos remotos, mientras que otros como ALBANESE, B., «'Vitae necisque potestas paterna' e 'lex iulia de adulteriis coercendis'», en *Scritti in onore di G. Musotto*, 2 (Palermo, 1980), pp. 5 ss. (= en *Scritti giuridici* II (Palermo, 1991), pp. 1487 ss.), defienden que se trataría de limitaciones de carácter ciertamente jurídico.

²³⁴ Un análisis de los principales supuestos históricos en que se habría empleado el *ius vitae necisque*, que profundiza en las investigaciones realizadas por Voci y Rabello, aparece recogido en AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., *El origen de los poderes del "paterfamilias"*, vol. I, cit., pp. 18-39.

²³⁵ Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.15.2.1; Cic., *de leg.* 3.19.12; Seneca, *de ben.*, 3.15.2.5.

La primera huella de las restricciones impuestas al ejercicio del *ius vitae ac necis* parece estar contemplada en las XII Tablas que puede ser parcialmente reconstruida gracias a los fragmentos que se han conservado del texto gayano provenientes del *Codex Veronensis* y del *Fragmentum Augustoduniense*: “*De filio hoc crudele est sed ... non est ... r... occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum. Sed deferre iu(dici) debet propter calumniam*”²³⁶.

A pesar de que presenta numerosas lagunas²³⁷, parece que en este fragmento se afirmaba que la ley de las XII Tablas imponía la obligación de aportar una justa causa para dar muerte al propio hijo de familia²³⁸. Sin embargo, la cuestión radica en conocer cómo se determinaba cuando concurría una justa causa. En este sentido, son numerosas las hipótesis planteadas desde la doctrina moderna, pues si bien parece evidente que el *pater familias* no podía matar arbitrariamente a sus *fili familias*, no está claro si existía un listado de causas reconocidas²³⁹, si debía recibir la autorización de alguna autoridad pública²⁴⁰ o si se acudía ante el denominado *consilium domesticum*²⁴¹.

Desde nuestro punto de vista, a pesar de la carencia de fuentes que permitan sostener certidumbres al respecto, no cabe duda de que el *pater familias* se encontraba limitado a la hora de ejercitar el *ius vitae necisque*. Aunque las primeras limitaciones que conocemos se remontan a la ley decenviral, cabe pensar que estas disposiciones serían el resultado de una regulación anterior, de origen consuetudinario, posiblemente avalada tanto por *leges regiae* como por el peso de la tradición²⁴².

²³⁶ KRÜGER, P., MOMMSEN, T., STUEDEMUND, G., «*Fragmentum Augustoduniense* 85–86», en *Collectio librorum iuris anteiusinianiani* (1923), p. 160.

²³⁷ En este sentido, GUARINO, A., «*Il iudicium domesticum*», en *Pagine di Diritto Romano*, VI (Nápoles, 1995), pp. 539 ss., ha señalado que debido al estado del fragmento resulta imposible obtener ninguna conclusión segura respecto al *ius vitae necisque*.

²³⁸ Esta es la conclusión que alcanza ALBANESE, B., *Note sull'evoluzione storica*, cit., pp. 357 ss., tras comparar el contenido de este pasaje, proveniente de los fragmentos de Autum, con el pasaje equivalente del manuscrito veronés, en el que únicamente aparece “*(XII) tabul (arum)*”.

²³⁹ Esta es la tesis aparentemente defendida por VOGLI, P., *Storia della patria potestas*, cit., pp. 413 ss., quien si bien reconoce que la ley de las XII Tablas limitaba el *ius vitae necisque* del *pater familias*, reconduce el origen de las primeras limitaciones a las denominadas *leges regiae*.

²⁴⁰ VOLTERRA, E., *Il preteso tribunale domestico*, cit., pp. 150 ss., mantiene que en tiempos de Gayo la decisión de dar muerte a un hijo de familia solo podía llevarse a cabo una vez que se hubiera obtenido el visto bueno del pretor. Sin embargo, como señala AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., *El origen de los poderes del “paterfamilias”*, vol. I, cit., p. 49, esta teoría no alude a la situación de la época decenviral, momento en que todavía ni siquiera existía la figura del pretor.

²⁴¹ DÜLL, R., *Iudicium domesticum*, cit., pp. 54 ss.; KUNKEL, W., *Das Konsilium*, cit., pp. 219 ss.

²⁴² KASER, M., *Der Inhalt der patria potestas*, cit., pp. 70 ss.

De esta forma, el antiguo *ius vitae necisque* se habría utilizado únicamente en aquellos supuestos en que se consideraba socialmente, y quizás también jurídicamente, justificado dar muerte a un hijo de familia. Entre estos casos cabría pensar, además del nacimiento de niños con forma monstruosa, en desacatos especialmente graves de la disciplina familiar²⁴³ o en actos de traición contra Roma.

Dada la trascendencia de la medida disciplinaria, cabe pensar que en muchos de estos supuestos el *pater familias* consultaría con el denominado *consilium domesticum* antes de ejecutar la medida. Sin embargo, la decisión final dependería en última instancia de la voluntad del *pater familias*, que únicamente debía asegurarse de que los hechos acontecidos justificaban, desde el punto de vista de la conciencia social romana, la muerte del hijo de familia. Ahora bien, los escasos supuestos en que las fuentes recuerdan la aplicación de estas medidas disciplinarias hacen pensar que, ya durante la época antigua, se trataba de prácticas muy extraordinarias.

Puesto que la decisión recaía únicamente en la voluntad del *pater familias*, cabe pensar que desde el primer momento se consolidaron una serie de supuestos en los que se limitaba la discrecionalidad en su aplicación. Originariamente es posible que los límites fueran establecidos socialmente, pero que, con el tiempo, debió generarse una verdadera regulación jurídica al respecto. De esta forma, los poderes del *pater familias* se habrían ido atenuando progresivamente durante la época antigua, en paralelo al creciente intervencionismo público en el ámbito privado.

La decadencia del *ius vitae necisque* debe contemplarse, por tanto, en el marco de una progresiva decadencia de la potestad patriarcal. Si bien ya durante el período republicano se contempla un régimen de sanciones públicas contra el *pater familias* que abusaba de su *dominium*²⁴⁴, no será hasta finales de la época clásica cuando se termine de consolidar la transformación de los poderes patriarcales en un deber de protección y atención asistencial con respecto a los hijos de familia.

²⁴³ Un compendio de los principales supuestos en que se reconocía legitimación al *pater familias* para ejercitar esta potestad se puede encontrar en ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 248 nt. 187.

²⁴⁴ A este respecto, diversas fuentes recuerdan el proceso criminal instruido contra Quinto Fabio Máximo, *pater familias* condenado al exilio por haber dado muerte a su hijo, tras considerar que existían dudas sobre su castidad (Val. Max. 6.1.5; Quintil., *Decl. Mai.* 3.17; Oros., *Adv.* p. 5.16). En relación con las limitaciones impuestas al *pater familias* y, más concretamente, con respecto a este episodio, véase HARRIS, W., «The Roman Father's Power of Life and Death», en *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller* (Leiden, 1986), pp. 84 ss.

A efectos de nuestro estudio, no resulta tan determinante conocer la fecha exacta en la que se habría decidido suprimir esta competencia, como el hecho mismo de tener constancia de la existencia de límites a la originaria potestad patriarcal. En ese sentido, cabe suponer que si hasta las competencias originarias del *pater familias* se encontraban limitadas por restricciones de carácter social, no puede negarse que sucedería lo mismo con las competencias inicialmente reconocidas a los tutores. En los próximos apartados vamos a ocuparnos precisamente de esas limitaciones.

3.2. EL COMPROMISO DEL TUTOR

Pese a que originariamente la tutela fuese considerada “*vis ac potestas*” que otorgaba a su titular amplísimas competencias sobre los asuntos del menor, no debemos olvidar que su función principal estaba encaminada a proteger la noción de continuidad familiar representada en la conservación del patrimonio pupilar. Por ese motivo, desde sus mismos orígenes, la tutela conjuga una naturaleza eminentemente potestativa con la necesidad de cumplir ciertas obligaciones de índole familiar²⁴⁵.

De esta forma, aunque la designación como tutor confería destacados poderes de gestión e importantes expectativas sucesorias, también conllevaba ciertas obligaciones en relación con el principio de solidaridad interparental. No obstante, estas obligaciones funcionan de forma similar a las limitaciones impuestas al *dominium* del *pater familias*: el tutor no se encontraba originariamente constreñido por normas jurídicas, sino que sus actuaciones debían adecuarse a una serie de principios morales que en muchos casos terminarán cristalizando en el ordenamiento jurídico²⁴⁶.

Valores como la *fraternitas*, la *gravitas*, la *humanitas*, la *amicitia*, la *constantia*, la *pietas* o la *fides* informaban las relaciones personales de los antiguos romanos²⁴⁷, incidiendo de manera directa tanto en el ámbito del poder público como en la esfera privada. Se trataba de un conjunto de virtudes socialmente convenidas que evolucionan en paralelo con el desarrollo de la propia sociedad romana, marcando en todo momento cuáles eran las cualidades personales a las que todo ciudadano romano debía aspirar²⁴⁸ para alcanzar el reconocimiento social como *vir bonus*.

²⁴⁵ En este sentido, VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., p. 68, recuerda que “non è da escludere che motivi egoistici ispirino gli agnati ad assumere (prima di ogni riconoscimento legislativo) la tutela e a gerirla, ma è ancora da ammettere che non è solo un motivo egoistico il fondamento della tutela. La solidarietà, basata sulla parentela, è un motivo egualmente valido”.

²⁴⁶ A este respecto, resulta especialmente interesante la lectura de IGLESIAS, J., «Orden jurídico y orden extrajurídico», en *Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno* (Madrid, 1968), pp. 119 ss., donde se destaca que muchos de estos principios de originaria naturaleza extrajurídica terminan irrumpiendo en el ordenamiento jurídico a través de su reconocimiento como principios informadores de las costumbres romanas o a través de su plasmación en preceptos de carácter positivo.

²⁴⁷ Sobre la trascendencia de estas virtudes en el Derecho romano, vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «Ética social y Derecho en la tradición jurídica romano-republicana», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 76 (1989-1990), pp. 379 ss.

²⁴⁸ GUILLÉN, J., *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos* (Salamanca, 1994), pp. 275 ss., destaca que muchas de estas virtudes estaban asociadas con la antigua mitología y las divinidades romanas, de forma que actuaban como modelo de conducta para los mortales.

Entre estas virtudes, en la antigua Roma destacaba de forma especial la *fides*²⁴⁹, que desde época muy remota parece haber sido empleada como criterio informador de las relaciones sociales no sólo en el ámbito público²⁵⁰, sino también como elemento de referencia en las relaciones interpersonales²⁵¹. En todos estos casos se utilizaba para expresar la idea de que las actuaciones personales debían ajustarse tanto a lo convenido como a los parámetros de conducta socialmente establecidos.

Aunque algunos autores consideran que la *fides* arcaica identificaba una relación de sumisión sobre la persona que prestaba la *fides*²⁵², la mayor parte de la doctrina ha desechado esa concepción potestativa. Por el contrario, generalmente se ha aceptado que originariamente el término *fides* se habría utilizado como criterio de referencia para estimar la existencia de cierta vinculación objetiva entre el comportamiento de un sujeto con respecto a las conductas que se consideraban adecuadas en el mundo antiguo y, sobre todo, con respecto a su palabra comprometida²⁵³.

²⁴⁹ BONFANTE, P., «La morale politica dei Romani», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* (1926), p. 188 afirma con rotundidad que el pueblo romano fue el pueblo del Derecho y de la *fides*.

²⁵⁰ La obra de KASER, M., «*Ius Gentium*», trad. al español por Andrés Santos, F. J. (Granada, 2004), ya destacaba que las menciones a la *fides* en la esfera pública se circunscribían especialmente al ámbito del *ius gentium*, hasta el punto de que se conservan referencias textuales a la *fides* en el primer contrato internacional entre Roma y Cartago (Polyb., *Historias* 3.22). Por otra parte, como destaca FREZZA, P., «*Fides bona*», en AA. VV. *Studi sulla buona fede* (Milán, 1975), pp. 3 ss., la función de la *fides* en relación con los contratos regidos por el *ius gentium* consistía en garantizar que los contratantes debían respetar los compromisos adquiridos.

²⁵¹ FIORI, R., «*Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*», en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (2008), p. 239 destaca que entre los ámbitos de aplicación más antiguos de la arcaica noción de *fides* se encontrarían las relaciones de clientela y las asociaciones aristocráticas entre parientes gentiles denominadas *sodalitates*.

²⁵² Se trata de una noción marcadamente potestativa de la *fides*, que se concibe como una subordinación por parte de una persona sobre otra en virtud de la palabra. Entre los autores que mantienen esta hipótesis sobre la originaria naturaleza de la *fides* ocupan una posición destacada las aportaciones de BESELER, G., «*Fides*», en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano* (Roma, 1934), pp. 135 ss.; LOMBARDI, L., *Dalla fides alla bona fides* (Milán, 1961), pp. 133 ss.; WIEACKER, F., «*Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*», en *ZSS*, 80 (1963), pp. 9 ss.; NÖRR, D., *Aspekte der römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara* (Múnich, 1989), pp. 146 ss.

²⁵³ Esta segunda interpretación, mucho mejor acogida en el seno de la doctrina, ha sido defendida entre otros autores por SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts* (Berlín, 1934), pp. 151 ss.; KUNKEL, W., «*Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*», en *Festschrift P. Koschaker*, vol. II (Weimar, 1939), p. 5; HORVAT, M., «*Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*», en *Studi V. Arangio-Ruiz*, vol. I (Nápoles, 1953), pp. 423 ss.; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 23; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 181; CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho* (Madrid, 1991), pp. 73 ss.; TALAMANCA, M., «*La bona fides nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento*», en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore de A. Burdese*, vol. IV (Padua, 2003), pp. 311 ss.; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 450.

En este sentido, cabe destacar que la *fides* arcaica se encontraba estrechamente relacionada con el *ius iurandum*, que en época antigua se concebía como una especie de *affirmatio religiosa* ante las divinidades romanas. Esa misma es la expresión empleada por Cicerón al referirse a la *fides* como una verdadera deidad²⁵⁴ que se sustentaba en la justicia y fidelidad a la palabra comprometida.

Cic., *de off.* 3.29.104: *Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. Nam praeclare Ennius: «O Fides alma apta pinnis et ius iurandum Iouis». Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat, quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt.*

El testimonio de Cicerón denota que originariamente la noción de *fides* se habría desenvuelto en un ámbito eminentemente religioso como forma de proporcionar cierta garantía en el cumplimiento de los compromisos personales. A este respecto, la doctrina ha destacado la estrecha relación que el término *fides* guarda con el verbo *credo*²⁵⁵, que etimológicamente procede de las raíces indoeuropeas “*kred-dhe*” y “*bheidh*”, de forma que se traduce como cumplir un acto en reconocimiento a una divinidad. En relación con este significado, la *fides* aludiría a la capacidad de recibir tal reconocimiento o, más específicamente, el acto de confiar en otra persona²⁵⁶.

²⁵⁴ A tenor de los testimonios que se conservan de autores como Dionisio de Halicarnaso 2.75.3, Livio 1.21.4, Plutarco, *Numa* 16.1 o Cicerón, *de off.* 3.29.104; *nat.* 2.61, parece que en la tradición romana el culto a la diosa *Fides* se atribuía históricamente al rey Numa Pompilio, que habría llegado a construir un santuario en su honor. Sobre el origen religioso de la *fides*, vid. KOFANOV, L., «Il carattere religioso-giuridico della *fides* romana nei secoli V-III a.C.: sull'interpretazione di Polibio 6.56,6-15», en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore de A. Burdese*, vol. IV (Padua, 2003), pp. 334 ss.

²⁵⁵ Se trata de una asociación originariamente destacada por MEILLET, A., «Latin *credo et fides*», en *Memoires de la Société Linguistique*, 22 (1920), pp. 215 ss., aunque posteriormente ha sido recogida en las principales enciclopedias filológicas sobre el vocabulario del mundo antiguo, entre las que destacan las obras de WALDE, A. y HOFFMAN, J. B., *Lat. etym. Wörterbuch*, cit., pp. 286 ss.; ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym.*, cit., pp. 148 ss.; DUMÉZIL, G., «*Credo e fides*», en *Idee romane* (Génova, 1987), pp. 47 ss. o POKORNY, J., *Indogerm. Etym. Wörterbuch*, cit., p. 117.

²⁵⁶ Se trata de dos acepciones del término *fides* claramente reconocidas en las fuentes de época antigua, como pone de manifiesto FREYBURGER, G., *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne* (París, 1986), pp. 37 ss. Partiendo de esta doble acepción, este autor fue el primero en subrayar el significado de *fides* como ‘*credito*’, que deriva obviamente del término ‘*credo*’, desde el punto de vista social y jurídico en la antigua sociedad romana. Sobre esta consideración, vid. FIORI, R., *Fides e bona fides*, cit., pp. 240 ss.

La esencia de la *fides* radicaba, por tanto, en que los compromisos adquiridos convencionalmente debían ser respetados de forma exhaustiva por todos²⁵⁷, de manera que se pudiera exigir una cierta responsabilidad a aquellos que violentaban la confianza que habían generado en otros ciudadanos. De esta manera se dotaba de cierta seguridad jurídica a las relaciones jurídicas interpersonales establecidas durante la época antigua, especialmente en aquellos supuestos en los que se contraían compromisos sin sujeción a las mínimas solemnidades jurídicas²⁵⁸.

Teniendo en cuenta la importancia de los condicionantes socio-económicos de la arcaica sociedad romana no resulta extraño que las fuentes de época antigua relacionen la primitiva noción de *fides* con un conjunto de conceptos como *honor*, *fama* o *dignitas*, que aluden a la categoría social y familiar de cada individuo²⁵⁹. En consecuencia, parece que los antiguos romanos consideraban que la *fides* era una cualidad asociada en buena medida a las posibilidades socio-económicas de cada ciudadano²⁶⁰.

Cuanto mayor fuera el poder de una persona, tanto mayor se consideraría su *fides*, pues se encontraría en condiciones de ofrecer mejores garantías de cumplimiento de sus compromisos²⁶¹. Ahora bien, cabe pensar que esas condiciones de partida debían venir acompañadas de un comportamiento adecuado que confirmasen la confianza que se había depositado en esa persona. Por el contrario, las personas que habían obrado de forma malintencionada carecían de una buena reputación en la sociedad romana y no merecían el reconocimiento del atributo de la *fides*.

²⁵⁷ A este respecto, WIEACKER, F., *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, cit., p. 61, mantiene que la antigua noción de la *fides* romana se sustentaba en la creencia generalizada de que la concepción del vínculo generado verbal o textualmente por una persona debía ser posteriormente sustituida por una concepción de lealtad de esa misma persona hacia el compromiso adquirido.

²⁵⁸ En este sentido, D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 66, señala que “la *fides* llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma, y es el fundamento de todas las obligaciones no formales”.

²⁵⁹ Sobre la relación entre la antigua noción de la *fides* y diversos conceptos propios del vocabulario de la época arcaica resultan imprescindibles, LOMBARDI, L., *Dalla fides alla bona fides*, cit., pp. 90 ss. y, especialmente, FREYBURGER, G., *Fides. Étude sémantique*, cit., pp. 41 ss.

²⁶⁰ FIORI, R., *Fides e bona fides*, cit., p. 242, destaca que “in una società classista como quella romana, l'affidabilità di un soggetto si lega alle sue condizioni economiche e sociali (...). Questa prospettiva determina una coincidenza tra ‘affidabilità’ e ‘stabilità’; una stabilità che non è solo costanza di comportamenti, ma anche rispetto della posizione che a ciascuno spetta nella gerarchia cosmica”.

²⁶¹ Desde esta perspectiva se entiende que en la ley de las XII Tablas se dispusiera que tan solo una persona de cierta categoría económica pudiera garantizar a otra persona de su misma posición, mientras que los *proletarii* podían ser garantizados por cualquier persona. XII Tab. 1.4: *Assiduo vindex assiduus esto; proletario iam civi quis volet vindex esto*.

Su función resultaba especialmente útil en el contexto de una sociedad primitiva como era la antigua sociedad romana, en la que las relaciones jurídicas entre ciudadanos romanos que implicaban el cumplimiento de algún tipo de compromiso se formalizaban sin tomar grandes precauciones. En especial, este valor social de la *fides* habría tenido especial trascendencia en las relaciones jurídicas que se producían en el seno de los antiguos grupos familiares²⁶², entre las que se encontraba la tutela.

La aparición de las primeras formas tutelares se difería de forma automática en virtud de los vínculos de parentesco entre el pupilo y la persona designada como tutor. Dado que antiguamente la tutela se consideraba una *vis ac potestas* que no imponía las actuaciones concretas que debía llevar a cabo su titular, cabe pensar que el desempeño de las funciones tutelares no se encontraba sometido a obligaciones de carácter jurídico, sino que el tutor debía de comportarse de acuerdo con las pautas de conducta a las que posiblemente se había comprometido a la hora de acceder al cargo.

En este sentido, consideramos razonable pensar que, desde tiempos remotos, cuando los tutores accedían al cargo debían prestar algún tipo de juramento por el que se comprometerían a desempeñar sus funciones correctamente²⁶³. Este juramento quizás se continuara prestando con el transcurso del tiempo, pero es incluso probable que se hubiera prescindido explícitamente del mismo, pues la propia *fides* exigía al tutor un comportamiento diligente propio de un *bonus vir*.

Por lo demás, resulta muy natural que el cargo tutelar se terminara calificando primero como un *officium* y posteriormente como un *munus publicum* con una serie de obligaciones perfectamente delimitadas.

²⁶² FIORI, R., *Fides e bona fides*, cit., p. 245.

²⁶³ Partidario de esta interpretación, LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 26-27, afirma textualmente que “le tuteur a pris l’engagement, sans doute solennisé par un serment religieux, de gérer la tutelle au mieux des intérêts de la famille”. Sobre los juramentos romanos, *vid.* por todos PARIENTE, A., «*Iurare*», en *AHDE*, 17 (1946), pp. 999 ss.; PARICIO, J., *Sobre la administración de justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados* (Madrid, 1987), pp. 19 ss.

3.3. LA PERSECUCIÓN DOMÉSTICA

Como hemos señalado en repetidas ocasiones en los capítulos anteriores, uno de los principales rasgos característicos de la Roma arcaica es la preeminencia social de los grupos familiares en contraposición al restringido ámbito de actuación que ostentaba el poder público durante ese período²⁶⁴. El funcionamiento de la sociedad romana y, por ende, la articulación de todo el sistema institucional, político y jurídico, se asentaba sobre la base de estructuras de carácter parental como la *gens* o la *familia*.

En paralelo a la articulación familiar de la antigua sociedad romana, la represión de las conductas ilícitas se resolvía entre los propios afectados, sin la intervención de ninguna institución pública. El infractor era sancionado mediante la reacción vindicativa de la víctima o sus familiares. Si una controversia afectaba a miembros de una misma comunidad familiar se resolvía internamente conforme al parecer del *pater familias* y, de igual manera, cuando tenía lugar alguna controversia entre individuos de diferentes grupos familiares, se aceptaba acudir a medios basados en la venganza privada²⁶⁵.

Únicamente a medida que se fue desarrollando una cierta organización estatal, las autoridades públicas empezaron a tomar un cierto control sobre la resolución de los conflictos penales. Durante el período monárquico la represión de los comportamientos ilícitos todavía se habría afrontado desde una perspectiva marcadamente religiosa, pues inicialmente solo se persiguen aquellas conductas que, debido a su especial gravedad, representaban una alteración de la *pax deorum*²⁶⁶. La intervención pública no buscaba solo resarcir a las víctimas, sino también reestablecer las relaciones de fraternidad que debían mantenerse entre la *civitas* y sus dioses.

²⁶⁴ En este sentido, PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 25-27, tras haberse referido a la importancia de las formaciones sociales fundamentadas en el parentesco, como eran las *gentes* y las *familiae*, señala que “al rilievo appena fatto si rannoda un altro carattere generale: la ristretta sfera in cui operavano allora gli organi dell’intera comunità e il diritto da essi promosso”.

²⁶⁵ Cfr. LUZZATTO, G., «Sull’obbligo degli eredi di vendicare l’uccisione dell’ereditando», en *Studi in memoria di U. Ratti* (Milán, 1934), p. 551 nt. 1.

²⁶⁶ Sobre la noción de *pax deorum* en las fuentes y los comportamientos humanos susceptibles de incurrir en graves violaciones de la misma, *vid.*, VOCI, P., «Diritto sacro romano in età arcaica», en *SDHI*, 19 (1953), pp. 49 ss. (= *Scritti di diritto romano I* (Padua, 1985), pp. 226 ss.); BAYET, J., *La religion romaine. Histoire politique et psychologique* (1957), pp. 57 ss. (= *La religione romana. Storia politica e psicologica*, traducido al italiano por G. Pasquinelli (Turín, 1959), pp. 59 ss.); SORDI, M., «*Pax deorum* e libertà religiosa nella storia di Roma», en *La pace nel mondo antico* (Milán, 1985), pp. 146 ss.; FIORI, R., *Homo sacer*, cit., pp. 167 ss.; MONTANARI, E., «Il concetto originario di ‘pax’ e la ‘pax deorum’», en *Concezioni della pace (Seminario 21 aprile 1988)* (Roma, 2006), pp. 39 ss.

Entre las múltiples potestades del monarca ocupa un lugar destacado su función religiosa como garante de la *pax deorum*, de manera que desde tiempos remotos parece haberse ocupado de sancionar cualquier comportamiento que pudiera poner en peligro al mantenimiento de ese vínculo sagrado. Los primeros rasgos de ese primitivo sistema de punición basado en fundamentos sacrales parecen haberse plasmado en una serie de *leges regiae*²⁶⁷, que habrían conformado el germen de lo que con el paso del tiempo se habría terminado consolidado como derecho criminal romano.

Todos estos preceptos sacros atribuidos a los sucesivos reyes romanos recogían disposiciones normativas en torno a controversias que tradicionalmente se resolvían en el ámbito doméstico. Por lo general, prohibían la realización de determinadas conductas, asociando las pertinentes sanciones de carácter sacral en caso de incumplimiento²⁶⁸, aunque también se conocen *leges regiae* que simplemente limitaban el ejercicio de la venganza privada por parte de los ofendidos legitimados a ejercerla.

A pesar de que todavía no existiría un verdadero sistema de represión público²⁶⁹, todo apunta a que desde la época monárquica se habrían establecido las bases para el desarrollo de la persecución por parte de las autoridades públicas de cualquier clase de conductas que violentasen los cimientos de la primitiva sociedad romana. De esta forma asistimos a una paulatina sustitución de la antigua represión criminal familiar en favor de una persecución pública fundamentada en criterios religiosos.

²⁶⁷ Aunque tradicionalmente una parte de la doctrina ha puesto en entredicho que realmente existieran, las investigaciones realizadas sobre la base de las reiteradas alusiones a las *leges regiae* en la obra de autores como Dionisio de Halicarnaso, Livio, Tácito, Pomponio, Plutarco, Plinio el viejo, Marcelo, Aulo Gelio, Festo o Cicerón han disipado cualquier sospecha sobre su historicidad. A este respecto, cabe destacar que MANTOVANI, M., «Le due series di *leges regiae*», en *SCDR*, 15 (2003), pp. 185 ss., ha conseguido demostrar de manera fehaciente que al menos existieron dos grandes series de *leges regiae*.

Un análisis promenorizado sobre las distintas posiciones en torno a la existencia y funcionalidad de las *leges regiae* puede encontrarse en la obra de BUJUKLIC, Z., «*Leges regiae*: pro et contra», en *RIDA*, 45 (1989), pp. 89 ss. con abundante bibliografía sobre esta materia.

²⁶⁸ Mientras que las infracciones de menor relevancia únicamente implicaban la obligación de realizar una ofrenda expiatoria (*piaculum*), que habitualmente consistía en el sacrificio de algún animal o la entrega de una cierta cantidad pecuniaria a la divinidad ofendida, las fuentes recogen sanciones más rigurosas para sancionar los comportamientos criminales más graves. En estos casos no se admitían ofrendas expiatorias, sino que el infractor respondía con su persona o sus bienes.

²⁶⁹ En este sentido, SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (Milán, 1989), p. 2, destaca expresamente que “la leggi in parola non configurano un sistema organico di norme e lasciano ampio margine da un lato alla libera coercizione del monarca, dall'altro alla persecuzione privata del gruppo offeso: generalmente prescrivono (o vietano) il compimento di determinati atti, enunciando le sanzioni di carattere sacrale a cui il trasgressore si espone, o regolano l'esercizio della vendetta da parte di chi è ad essa legittimato dal costume”.

En relación con ese estadio anterior, tenemos conocimiento de dos *leges regiae*, atribuidas a Numa Pompilio, en las que se refleja que el poder público habría respetado la forma en que tradicionalmente se resolvían ciertos conflictos, limitándose únicamente a precisar las condiciones en que debía imponerse la sanción. De esta forma conocemos que en caso de producirse un homicidio imprudente²⁷⁰, el infractor debía resarcir con el ofrecimiento de un carnero a los agnados de la víctima como reparación del crimen²⁷¹, mientras que si la muerte se había producido intencionadamente debía considerarse un *paricidio*²⁷² y, en consecuencia, cabía aplicar la ley del talión²⁷³.

Estas dos disposiciones regias ponen de manifiesto que a pesar de la incipiente intervención de las autoridades públicas en materia criminal, durante la época arcaica todavía no se puede hablar de un sistema penal organizado. Las autoridades públicas únicamente se ocupan de reprimir aquellas conductas criminales que, por su gravedad, vulneraban los valores esenciales de la comunidad o ponían en riesgo su continuidad y únicamente se constata la imposición de ciertas disposiciones en relación con la esfera puramente doméstica con la finalidad de limitar de alguna manera la discrecionalidad con la que actuaban internamente los grupos familiares.

En relación con nuestro objeto de estudio, no cabe duda de que originariamente la tutela se desenvolvía en un ámbito estrictamente familiar, pues como hemos señalado en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, esta institución habría surgido con el fin de salvaguardar la noción de continuidad familiar. Dado que se trataba de un fenómeno especialmente vinculado al orden familiar, resulta razonable pensar que precisamente la vigilancia del desempeño de las funciones tutelares habría recaído inicialmente sobre los miembros de esa misma comunidad familiar.

²⁷⁰ Serv., *ad bus.* 4.43: *Sane in Numae legibus cautum est, ut, si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in cautione offerret arietem.*

²⁷¹ A este respecto, LUZZATTO, G., *Sull'obbligo degli eredi*, cit., p. 551 nt. 1, destaca que a través de este ofrecimiento por parte del homicida se bloquease la posibilidad de acudir a la venganza privada por parte de los familiares de la víctima, pues es posible que en origen, de acuerdo con la teoría propuesta por WESTRUP, C. W., «Alcune osservazioni circa le fonti e i metodi nell'investigazione del primo diritto romano», en *RIFD*, 17 (1937), p. 9 nt. 1, ese carnero ocupase el lugar que tradicionalmente le hubiera correspondido ocupar al propio homicida.

²⁷² En este sentido se manifestaba Festo (p. 247 L.): s.v. *Parrici<di> quaestores: Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto.*

²⁷³ Cfr. LENEL, O., «*Paricidas esto*», en *Studi in onore di P. Bonfante*, 2 (Milán, 1930), pp. 3 ss.; MAGDELAIN, A., «*Paricidas*», en *Du châtiment dans la cité. Supplices corporales et peine de mort dans le monde antique*, 79 (1984), p. 554; ARANGIO RUIZ, V., *Storia*, cit., p. 75 nt. 1.

Dada la configuración patriarcal de la familia romana, parece razonable pensar que la competencia para controlar y, en su caso, sancionar a los tutores, en cuanto que miembros de la comunidad doméstica, debía enmarcarse dentro del contexto de amplios poderes del *pater familias*²⁷⁴. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el pupilo se encontraba sometido a tutela precisamente porque carecía de un *pater familias* y además que el nombramiento como tutor debía recaer sobre un ciudadano romano²⁷⁵, varón²⁷⁶ y, al menos en origen, que tuviera la condición de cabeza de familia²⁷⁷.

Resultaría fuera de toda lógica, más aún desde la perspectiva antigua, que la actividad ejercitada por un *pater familias* estuviera mediatizada por la potestad sancionatoria de otro cabeza de familia. Ante la imposibilidad de un control unipersonal solo cabe pensar en un control colectivo por parte del grupo familiar. A este respecto, diversas fuentes de época antigua hacen referencia a una antigua institución doméstica que recibía la denominación de *iudicium* o *consilium domesticum*.

²⁷⁴ Vid. *supra* capítulo IV apartado 2.

²⁷⁵ En este sentido, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 445, recuerda que solo los ciudadanos romanos estaban vinculados por el parentesco agnaticio o podían realizar manumisiones eficazmente.

²⁷⁶ Gayo, *12 ad Ed. prov.*, D. 26.1.16 pr.: *Tutela plerumque virile officium est*.

²⁷⁷ A este respecto, FAYER, C., *La familia romana*, cit., p. 432, destaca que “se in origine al *tutor impuberum* testamentario e legittimo era richiesto il requisito di *pater familias*, in quanto solo questi poteva essere titolare di *potestas*, in seguito, quando con la creazione della tutela dativa si trasformò l’originario concetto potestativo della tutela, anche un *filius familias* poté essere designato come tutore testamentario o dativo, ma mai un *filius familias* poté essere tutore legittimo, in quanto l’*adgnatus proximus* rispetto al *pipillo* era l’*adgnatus sui iuris*, non quello *alieni iuris*”.

3.4. EL *CONSILIUM DOMESTICUM*

A pesar de que las referencias textuales a este órgano familiar presentan muchos aspectos oscuros, la mayor parte de la doctrina reconoce la existencia de un consejo doméstico compuesto por parientes y amigos²⁷⁸, y en ocasiones, destacados personajes de la vida pública romana²⁷⁹, que se reunían con la finalidad de realizar una valoración de la conducta realizada por alguno de los integrantes de ese grupo familiar con el fin de considerar la imposición de alguna clase de sanción.

Tradicionalmente se consideraba que este *consilium domesticum* se incardinaba en el contexto de la contraposición existente entre una jurisdicción penal pública y una jurisdicción de carácter doméstico, llegando incluso a percibirse notables paralelismos entre este pretendido *iudicium domesticum* y aquellos juicios públicos que tenían lugar ante las autoridades públicas en la antigua Roma²⁸⁰.

²⁷⁸ Como destaca FAYER, C., *La familia romana*, cit., p. 131 nt. 20, aunque solo se conocen tres alusiones al término *iudicium domesticum* – aparece en un pasaje de Livio 2.41.10, otro de Cicerón, in *Pis.* 40.97 y también en otro de Tertuliano, *apol.* 1.1, aunque cabe señalar que en el fragmento ciceroniano adopta el significado de juicio moral de condena – otras fuentes de época antigua se habrían utilizado expresiones similares como “*propinquorum et amcorum consilium*” (Val. Max. 5.8.2), “*consilium necessarium*” (Val. Max. 5.8.3; 6.1.1), “*amicorum consilium*” (Val. Max. 2.9.2), “*adhibere in consilium*” (Val. Max. 5.9.1) o “*in consilium advocare*” (Seneca, *clem.* 1.15.2) para referirse a la actividad desempeñada en el seno de una comunidad familiar que tenía como finalidad evaluar una serie de comportamientos en los que se habría visto envuelto alguno de sus miembros.

Entre los principales trabajos dedicados a esta institución sobresalen la obra de KASER, M., *Der Inhalt der patria potestas*, cit., p. 68; DÜLL, R., *Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*, cit., pp. 54 ss.; VOLTERRA, E., *Il pretteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., pp. 103 ss.; WESENER, G., s.v. «*Iudicium domesticum*», en *REPW*, 9 (Stuttgart, 1962), pp. 373 ss.; KUNKEL, W., «Das Konsilium im Hausgericht», en *ZSS*, 83 (1966), pp. 219 ss. (= *Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte* (Weimar, 1974), pp. 117 ss.); PÓLAY, E., «Das regimen morum des Zensors und die sogennante Hausgerichtbarkeit», en *Studi in onore di E. Volterra III* (Milán, 1971), pp. 263 ss.; BALDUCCI, A., «Intorno al *iudicium domesticum*», en *Archivio Giuridico*, 191 (1976), pp. 69 ss.; RUGGIERO, A., «Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico», en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino IV* (Nápoles, 1984), pp. 1593 ss.; RUSSO RUGGERI, C., «Ancora in tema di *iudicium domesticum*», en *Iuris Antiqui Historia. An International Journal on Ancient Law*, 2 (2010), pp. 51 ss.

²⁷⁹ En relación con la intervención de personajes de relevancia social en el antiguo *consilium domesticum*, tenemos constancia de un pasaje de Valerio Máximo (*Factorum et dictorum memorabilium* 9.5.9.1), en donde se recuerda el caso de un *pater familias* que habría convocado a todo el Senado para evaluar las acusaciones vertidas contra su hijo, y también gracias al testimonio de Seneca, *de clementia* 1.15.3, conocemos el caso de otro cabeza de familia que habría solicitado al propio emperador Augusto que formase parte de su *consilium domesticum*.

²⁸⁰ Dentro del sector doctrinal que defiende la existencia de un pretendido *consilium domesticum* con funciones jurisdiccionales se cuentan autores como BONFANTE, P., *Corso I*, cit., pp. 74 ss.; DÜLL, R., *Iudicium domesticum*, cit., pp. 55 ss.; WESENER, G., s.v. *Iudicium domesticum*, cit., p. 373; RUSSO RUGGERI, C., *Ancora in tema di iudicium domesticum*, cit., pp. 52 ss.

Sin embargo, tras un minucioso estudio de las fuentes relativas a esta institución, Volterra demostró que bajo ningún concepto el llamado *consilium domesticum* podía representar una jurisdicción doméstica equiparable o contrapuesta a la jurisdicción que emanaba de la *civitas*²⁸¹. El insigne romanista consideraba que la pretendida capacidad sancionatoria de este consejo familiar estaba completamente supeditada a las facultades disciplinarias del *pater familias*, sin que pueda vislumbrarse ningún tipo de jurisdicción, actuación fundamentada en la ley o siquiera un acto procesal.

De acuerdo con los testimonios recabados en las fuentes, parece que si bien se puede reconocer la existencia de consejos domésticos que se encargaban de enjuiciar las controversias acaecidas como consecuencia del comportamiento de algún miembro de la comunidad familiar, en ningún caso puede equipararse a los procedimientos instaurados en los procesos penales públicos. En este sentido, no se tiene constancia de un proceso reglamentado donde se comprobasen los hechos, se procediese a presentar alegaciones, escuchar los diferentes testimonios y emitir una sentencia²⁸².

Por ese motivo, aunque algunas fuentes se refieran a un *iudicium domesticum*²⁸³, en ningún caso puede considerarse que existía una verdadera jurisdicción doméstica diferenciada de la jurisdicción pública. Únicamente se puede entender que existía cierta contraposición a la represión criminal impulsada desde las autoridades públicas en el sentido de que parece fuera de toda duda que existía una intervención familiar para sancionar internamente, incluso aunque se llevase a cabo un proceso público²⁸⁴, a los miembros de la familia que hubieran cometido alguna infracción.

²⁸¹ Aunque el principal exponente de esta teoría sea VOLTERRA, E., *Il pretteso tribunale domestico*, cit., pp. 103 ss., el propio romanista advierte de que anteriormente MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht*, cit., p. 17 nt. 1, ya había señalado que no existía una verdadera jurisdicción doméstica. En esta misma línea también se pronuncia DE SANCTIS, G., *Storia dei Romani*, vol. IV.2, cit., p. 40.

²⁸² BALDUCCI, A., *Intorno al iudicium domesticum*, cit., p. 90.

²⁸³ En este sentido, ya hemos destacado que la expresión *iudicium domesticum* aparece únicamente en tres fragmentos pertenecientes a la obra de Livio 2.41.10: “*Ceterum sive illud domesticum sive publicum fuit iudicium, damnatur Servio Cornelio Q. Fabio consulibus*”; Cicerón, in *Pis.* 40.97: “*Ad horum omnium iudicia tot atque tanta domesticum iudicium accessit sententiae damnationis tuae*” y Tertuliano, *apol.* 1.1: (...) “*domesticis iudiciis nimis operata infestatio sectae huius obstruit defensionem*”.

²⁸⁴ A este respecto, BRAVO BOSCH, M. J., «El *iudicium domesticum*», en *Revista General de Derecho Romano*, 17 (2011), afirma que “Otra indefinición que necesita respuesta es la de no haberse planteado con claridad en las fuentes conocidas si la potestad jurisdiccional del *pater familias* es excluyente de cualquier otro juicio (de carácter público), o si por el contrario nos encontramos ante un juicio complementario del principal estatuido por el Estado Romano, que le cede facultades jurisdiccionales, pero sin renunciar al papel protagonista en la condena de los actos susceptibles de ser perseguidos”.

Solo desde este punto de vista se comprende que Volterra²⁸⁵ defendiese que la jurisdicción del *pater familias* sobre el resto de miembros de la familia no tenía lugar si los actos que se pretendían juzgar estaban siendo conocidos por la jurisdicción pública. En ese sentido se puede percibir una cierta contraposición entre un *iudicium publicum*, sometido a las formalidades de la jurisdicción criminal pública, y un cierto *iudicium domesticum*, que no consistía en un verdadero proceso jurisdiccional, sino que más bien era un mecanismo interno de sanción de la propia familia romana.

Desde nuestro punto de vista consideramos que, en la línea de la interpretación propuesta por Volterra, en ningún caso puede aceptarse que el *consilium domesticum* tuviera carácter jurisdiccional, sino que su naturaleza parece ajustarse más bien a las características de un órgano consultivo²⁸⁶. A este respecto, parece que sus competencias habrían estado encaminadas al asesoramiento del *pater familias* en aquellos casos en los que alguno de los miembros pertenecientes al grupo familiar se hubiera visto envuelto en algún asunto de especial trascendencia criminal.

Una adecuada comprensión de la naturaleza del *consilium domesticum* implica analizar detenidamente todos los supuestos en que esta figura aparece referida en las fuentes de la etapa republicana. Sin embargo, un análisis en profundidad de los casos en los que aparece mencionada esta antigua institución familiar excede las pretensiones de nuestra investigación. Por ese motivo, simplemente realizaremos una aproximación por algunos de los principales episodios recogidos en las fuentes con el objetivo de obtener algunas conclusiones relativas a su funcionamiento.

La mayoría de los casos contemplados por las fuentes aluden a la intervención del *consilium domesticum* para evaluar los comportamientos criminales cometidos por algún *filius familias* en el desempeño de un cargo público o en el marco de la gestión de intereses relevantes para toda la comunidad²⁸⁷, aunque, como tendremos ocasión de ver más adelante, otros casos se refieren a supuestos de índole más personal.

²⁸⁵ VOLTERRA, E., *Il pretteso tribunale domestico*, cit., pp. 111 ss., mantiene que ya MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 17 nt. 1, había avanzado la inconsistencia de los defensores de un cierto tribunal doméstico con una actividad pretendidamente jurisdiccional.

²⁸⁶ En este mismo orden de ideas, WESENER, G., *Iudicium domesticum*, cit., p. 374, afirmaba de manera taxativa que “Das *consilium* hat aber nur eine beratende funktion; die Entscheidung liegt beim *pater familias* und beruht auf dessen *potestas*”.

²⁸⁷ DONADIO, N., *Iudicium domesticum*, cit., p. 180.

En primer lugar, cabe destacar el famoso episodio de Espurio Casio Vecellino, que conocemos gracias al testimonio de Livio (2.41.10-12) y Valerio Máximo (5.8.2)²⁸⁸. Se trataba de un joven noble romano que fue acusado de alta traición, luego juzgado ante un *consilium propinquorum et amicorum*²⁸⁹ y finalmente ejecutado tras haber sido condenado a muerte por su propio *pater familias*, que no se habría limitado a fustigar y dar muerte a su hijo, sino que además habría ofrecido una ofrenda expiatoria con el fin de que se levantara una estatua en honor a la diosa Ceres.

En el contexto de este mismo grupo de supuestos también tenemos constancia de la acusación vertida por una embajada de macedonios contra Decimo Junio Silano²⁹⁰ a causa de las malversaciones cometidas durante su mandato como gobernador provincial. A pesar de que el acusado había sido adoptado por otro *pater familias*²⁹¹, las fuentes dan cuenta de que su padre natural, el antiguo cónsul y en esos momentos Pontífice máximo Tito Manlio Torquato, habría solicitado al Senado hacerse cargo de la *cognitio* contra su propio hijo. Una vez obtenida la autorización senatorial y tras sustanciarse un riguroso proceso en el seno del grupo familiar, Silano fue condenado por un delito de concusión. Abatido por el abandono de sus familiares, finalmente terminó suicidándose.

En estos dos episodios percibimos notables similitudes, pues no solo se trata de casos en los que el propio grupo familiar se ocupa de resolver la acusación contra uno de sus miembros, sino que también las fuentes recalcan la severidad con que se procede contra los familiares que resultan condenados. Sin embargo, no todos estos procesos de carácter doméstico terminaban con la imposición de graves sanciones contra el miembro de la familia sometido al juicio de sus *propinqui*.

²⁸⁸ Sobre las diferencias y similitudes detectadas en las distintas versiones que aluden al caso de Espurio Casio, vid. RUSSO RUGGERI, C., *Ancora in tema di iudicium domesticum*, cit., pp. 60 ss.

²⁸⁹ La mayor parte de la doctrina considera que esta referencia, empleada en el texto de Valerio Máximo que hemos indicado anteriormente, aludía de forma indiscutible al antiguo *consilium domesticum*. A este respecto, vid. DÜLL, R., «*Iudicium domesticum*», cit., p. 59; KUNKEL, W., *Das Konsilium*, cit., p. 224.

²⁹⁰ El episodio aparece mencionado en Livio, *ep.* 54; Val. Max. 5.8.3; Cic., *de fin. bon. et mal.*, 1.7.24.

²⁹¹ Sobre esta circunstancia, algunos autores como LOBRANO, G., *Pater et filius eadem persona. Vol. I: Per lo studio della patria potestas* (Milán, 1984), pp. 133 ss., sostienen que la intervención del padre natural habría tenido lugar como consecuencia de la falta de iniciativa por parte del padre adoptante, aunque nosotros nos inclinamos por la teoría propuesta por VOICI, P., *Storia della patria potestas*, cit., p. 54, quién defiende que el Senado habría concedido la autorización al *pater naturalis* en virtud de su mayor autoridad frente a la condición de padre adoptivo de Décimo Junio Silano. En todo caso, RUSSO RUGGERI, C., *La datio in adoptionem*, cit., p. 132, señala que pueden encontrarse en las fuentes otros episodios similares en los que el acusado no se encuentra bajo la patria potestad del *pater familias* que dirige el *consilium*, *cfr.* Val. Max. 7.7.2 y 7.7.5.

Frente al resultado de los procesos anteriormente mencionados, algunas fuentes recuerdan el caso de Lucio Gellio²⁹², que en lugar de ejecutar a su *filius familias*, considerado culpable de haber cometido un delito de estupro contra su propia madastra y de otro delito de tentativa de *parricidium*, opta por solicitar la reunión de todos los senadores para proceder a la evaluación del caso. En contraposición a la conducta que llevaron a cabo los *pater familias* de Espurio Casio Vecelino y Decimo Junio Silano, en esta ocasión el cabeza de familia se erige en un verdadero defensor de su propio hijo, con el objetivo de demostrar su inocencia. Y a diferencia de la resolución de los otros casos, en esta ocasión Lucio Gellio consigue demostrar la inocencia de su hijo, lo que conlleva su reingreso en la vida familiar y social de Roma.

Ahora bien, incluso a pesar de que las formas de actuación de los *pater familias* difieren por completo, en todos estos casos se perciben ciertas notas en común en torno a la funcionalidad del *consilium domesticum*. Se trata de intervenciones incardinadas en el seno de los propios grupos familiares en las que se pretendía manifestar la posición de la comunidad doméstica a la que pertenece una persona que se ha visto involucrada en acontecimientos con graves repercusiones jurídicas y sociales.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo de nuestra exposición las decisiones del *consilium domesticum* variaban en función del resultado que arroja la evaluación de los hechos acontecidos: si se consideraba que el acusado era inocente, se promovían públicamente las causas de su absolución; pero si se estimaba que era culpable, era el propio *pater familias* quien se encargaba de sancionar adecuadamente las reprobables conductas de su *filius familias*. Cualquiera que fuese la solución adoptada, parece que el proceso doméstico tenía como finalidad principal salvaguardar la buena reputación del grupo familiar afectado por la conducta de su integrante²⁹³.

²⁹² Este episodio aparece pormenorizadamente relatado en Val. Max. 5.9.1: *L. Gellius omnibus honoribus ad censuram defunctus, cum grauissima crimina de filio, in nouercam commissum stuprum et parricidium cogitatum, propemodum explorata haberet, non tamen ad uindictam continuo procurrit, sed paene uniuerso senatu adhibito in consilium expositis suspicionibus defendendi se adulescenti potestatem fecit <in>spectaque diligentissime causa absoluit eum cum consilii tum etiam sua sententia. quod si impetu irae abstractus saeuire festinasset, admisisset magis scelus quam uindicasset.*

²⁹³ A este respecto, DONADIO, N., *Iudicium domesticum*, cit., p. 185, afirma que “negli episodi fin qui esaminati, dunque, si tratta di valutare la condotta pubblica del *filius familias*, che, in quanto connessa con la gestione di affari d’interesse dell’intera comunità politica, espone al giudizio dei cittadini non solo il responsabile, ma anche il nucleo familiare nel suo insieme e il gruppo di congiunti, di amici e di clienti, che, con il *pater familias*, ne ha sostenuto la candidatura e la carriera politica”.

Esta misma funcionalidad parece también percibirse en un conjunto de casos en los que las fuentes aluden a la intervención del *consilium domesticum* para examinar los comportamientos indecorosos de algunas mujeres. A este respecto destacan el episodio de Pomponia Graecina²⁹⁴, acusada de practicar ritos de un culto extranjero²⁹⁵, los casos de las nobles Publicia y Licinia, que fueron ejecutadas por decisión de sus familiares tras haber sido declaradas culpables de haber asesinado a sus respectivos maridos²⁹⁶, o el conocidísimo episodio de la joven Lucrecia²⁹⁷, que terminaría suicidándose tras haber denunciado ante el *consilium domesticum* haber sido víctima de una violación por parte de Sexto Tarquinio, hijo del rey Lucio Tarquinio el Soberbio.

Nuevamente podemos constatar que todos estos casos se caracterizan por hacer referencia a la intervención del *consilium domesticum* para valorar las conductas de un miembro de la familia en sucesos que revisten especial relevancia social. No obstante, estos procesos no tenían una finalidad exclusivamente sancionatoria, sino que servían como punto de encuentro para que la comunidad familiar adoptase una cierta forma de proceder ante hechos que afectaban a su reputación.

Solo de esta forma se explica que, en algunos casos, el consejo doméstico fuese propuesto a iniciativa del familiar afectado directamente por los acontecimiento como sucede en el caso de Lucrecia y que, como hemos visto en los diferentes casos relativos a las acusaciones de los *fili familias*, las decisiones emanadas a partir de la *cognitio* del *consilium domesticum* pudieran concluir con la absolución del acusado como sucede en el caso del hijo de Lucio Gelio, pero también con la posibilidad de que se impusieran graves sanciones en caso de ser condenado. Estas constataciones ponen de manifiesto que este antiguo consejo doméstico se habría utilizado desde la época antigua para demostrar la respetabilidad del grupo familiar.

²⁹⁴ Tenemos noticia del caso gracias al testimonio de Tácito, *Ann.* 13.32.2: *Et Pomponia Graecina insignis femina, A. Plautio, quem ovasse de Britannis rettuli, nupta ac superstitionis externae rea, mariti iudicio permissa, isque prisco instituto propinquis coram de capite famaue coniugis cognovit et insontem pronuntiavit, longa huic Pomponiae aetas et continua tristitia fuit.*

²⁹⁵ MANARESI, A., *L'impero romano e il cristianesimo* (Turín, 1914), pp. 46 ss., apunta a la posibilidad de que Pomponia Graecina fuese seguidora de las ideas cristianas. Sobre la biografía de esta mujer, *vid.* GARCIA BARRACO, M. E., *Pomponia Graecina. Vicende storiche e letterarie di una matrona romana del I secolo d.C.* (Roma, 2017), pp. 9 ss.

²⁹⁶ El episodio en cuestión aparece relatado en Livio, *ep.* 48: *De veneficiis quaesitum. Publilia et Licinia, nobiles feminae, quae viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa, cum praetori praedes vades dedissent, cognatorum decreto necatae sunt.*

²⁹⁷ Liv. 1.58.5-6; Val. Max. 6.1.1; Dion. Hal. 4.66.1-3.

Mediante esta intervención inquisitiva, el grupo familiar evaluaba detenidamente los acontecimientos que afectaban a uno de sus miembros para tratar de aclarar todos los hechos acaecidos y adoptar una posición al respecto. En el caso de considerar que ese miembro de la familia había sido víctima o había sido acusado injustamente de alguna conducta criminal, parece que el grupo procuraba dar a conocer los fundamentos de esa conclusión para reclamar justicia o, al menos, impedir una injusticia. En consecuencia, también se encargaba de hacer público su rechazo al comportamiento de su familiar si este finalmente resultaba condenado *intra domus*, lo que como hemos visto solía llevar aparejado una sanción ejemplarizante de cara al exterior.

Se trataba, como en tantas ocasiones cuando nos referimos a las instituciones de la época antigua, de un mecanismo de protección de la familia, o más concretamente, de protección de la reputación familiar. A pesar de que pudiera haberse superado el recurso a la venganza privada como forma de resolución de los conflictos personales, lo cierto es que en la antigua Roma todavía se asociaban los comportamientos de un individuo con todo su grupo familiar de origen. En consecuencia, la comunidad familiar acudía en ayuda de sus integrantes cuando estos habían sido víctima de alguna conducta criminal, pero, al mismo tiempo, el grupo familiar tendía a desmarcarse de los comportamientos criminales realizados por uno de sus miembros.

La aplicación de sanciones especialmente rigurosas con los miembros del grupo que habían vulnerado las más elementales normas de comportamiento sociales buscaba trazar una inequívoca línea de separación entre la conducta del culpable, que habría sido condenado por el *consilium domesticum*, y el resto de la familia. Con estas decisiones cabe pensar que el grupo evitaba cualquier represalia por parte de los grupos familiares ofendidos y ratificaba su adhesión a los estándares de comportamiento que socialmente imperaban en la antigua sociedad romana. En otras palabras, puede decirse que el grupo familiar reprobaba el comportamiento inadecuado de uno de sus miembros para evitar la condena social que, en caso contrario, podía recaer sobre toda la familia²⁹⁸.

²⁹⁸ En esta misma línea, VOCI, P., «L'esame di coscienza di uno storico e i problema del più antico sviluppo costituzionale romano», en *RISG*, 2 (1948), p. 125, señala que el *consilium domesticum* se habría mantenido vigente en el tiempo por varios motivos: “da un lato il desiderio del *pater* di sottrarre il *filius* alla umiliazione della pena pubblica e anche, di mostrare il proprio lealismo verso la *civitas*; dall'altro, in quest'ultima, lo scarso interesse di diminuire un'autorità, che si esplicava anche in suo favore. In età storica la giustizia paterna si esercita con le più gravi sanzioni in casi ove lo Stato stesso potrebbe intervenire: si ha quindi una intelligente applicazione di un istituto arcaico”.

La función principal del *consilium domesticum* estaba, por tanto, encaminada a sustentar las decisiones que, en última instancia, tomaba el *pater familias* en calidad de representante del grupo familiar ante la sociedad romana. De esta forma, se proyectaba hacia el exterior la posición adoptada por la comunidad doméstica ante acontecimientos que afectaban a alguno de sus miembros, procurando demostrar a ojos de la ciudadanía romana que ese grupo familiar mantenía su buena reputación.

De acuerdo con esta funcionalidad del consejo familiar, no es de extrañar que no solo interviniera en supuestos de naturaleza criminal como los que hemos mencionado anteriormente, sino que las fuentes también aludan al *consilium domesticum* en relación con casos de índoles estrictamente privada. Así, por ejemplo, tenemos constancia del caso de Lucio Annio, senador removido del cargo por haber repudiado a su mujer sin haber consultado previamente el parecer de sus amigos²⁹⁹.

El episodio resulta ciertamente esclarecedor, no tanto por la implacable sanción impuesta al senador, sino porque un asunto que aparentemente solo afectaba a su vida personal tuviera que someterse al escrutinio de sus amigos. Esta constatación pone de manifiesto que el grupo de familiares y amigos constituía un mecanismo de control³⁰⁰ sobre el comportamiento de todos los miembros del grupo familiar en la vida pública, incluyendo las conductas del propio *pater familias*.

A través del *consilium domesticum* se valoraba colectivamente cualquier hecho que pudiera afectar, de forma más o menos directa, a todos los integrantes de ese grupo familiar entendido como un conjunto unitario. En consecuencia, este consejo doméstico no solo determinaba cómo debía posicionarse el grupo ante acontecimientos criminales que afectasen a uno de sus miembros, sino que también intervenía para evitar que algún componente del grupo tomase decisiones que, a pesar de desenvolverse en el ámbito estrictamente personal, podían perjudicar los intereses del grupo familiar.

²⁹⁹ El episodio aparece relatado en Gell., *Noct. Att.* 17.21.44 y Val. Max. 2.9.2.

³⁰⁰ Algunos autores vislumbran una cierta obligatoriedad a la hora de convocar al *consilium domesticum*, aunque ni siquiera entre los defensores de esta posición doctrinal existe unanimidad a la hora de afirmar que se tratase de una obligación jurídica como defendía KUNKEL, W., *Das Konsilium*, cit., pp. 219 ss., una obligación moral como mantiene LANFRANCHI, F., *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano* (Milán, 1938), p. 211, o más bien era una costumbre social como sostiene GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., p. 545. Sobre esta cuestión, cfr. GIOFFREDI, C., *Funzioni e limiti della patria potestas*, cit., p. 109; VOGLI, P., *Storia della patria potestas*, cit., p. 58; AMARELLI, F., *Consilia principum* (Nápoles, 1983), pp. 53 ss.

Dada la trascendencia social que podía alcanzar cualquier decisión desacertada, más grave si además conllevaba una manifestación abusiva de las potestades familiares, cabe preguntarse si al igual que el *consilium domesticum* intervenía en cuestiones tan personales como un divorcio también podía hacerlo en el ámbito tutelar. Aunque no se conservan fuentes al respecto, no es descartable que originariamente las cuestiones en materia tutelar se resolvieran ante un consejo doméstico. Ahora bien, para sustentar esta posibilidad debemos remontarnos a los posibles orígenes de este consejo familiar, lo que inevitablemente conduce a tiempos muy remotos.

En este sentido, cabe destacar que si bien todos los testimonios que se conservan en las fuentes se refieren al *consilium domesticum* de finales de la época republicana y comienzos del Principado, no cabe duda de que esta institución se habría articulado sobre los posos de una tradición que posiblemente se remontaba a la situación previa a la constitución de los primeros grupos propiamente familiares, es decir, a una época en la que la sociedad romana se articulaba sobre grupos de carácter gentilicio.

3.5. SOBRE UN POSIBLE *CONSILIUM GENTILICIO*

Como es bien sabido, el origen de los grupos gentilicios se encuentra en relación directa con el origen mismo de la *civitas* romana, lo que ha dado lugar a un intenso y duradero debate doctrinal en torno a la aparición de los grupos gentilicios. A pesar de que parte de la doctrina defiende que su aparición debe ser posterior a la creación de la *civitas* romana, bien como resultado de un fraccionamiento impulsado por la población romana³⁰¹ o bien como forma de organización implantada desde los poderes públicos³⁰², la inmensa mayoría de los romanistas consideran más plausible la interpretación que defiende la preexistencia histórica de las *gens* sobre la *civitas*³⁰³.

En todo caso, independientemente de que los grupos gentilicios remonten su origen más allá de la propia *civitas* romana o, por el contrario, se creasen sobre la base de las primeras instituciones políticas³⁰⁴, de lo que no cabe duda es de que las *gentes* fueron la forma de agrupación social por excelencia en la primitiva organización social romana y que, sólo con el paso del tiempo, esta antigua organización parental terminó desembocando en una nueva concepción de grupo familiar en sentido estricto.

³⁰¹ Esta es la teoría que defienden autores como MEYER, E., *Geschichte des Alterthums. Forschungen zur alten Geschichte*, vol. II (Halle, 1898), pp. 514 ss.; DE SANCTIS, G., *Storia dei Romani*, vol. I, (Florenia, 1907), p. 224; BELOCH, K. J., *Römische Geschichte bis zum Beginn des punischen Krieges* (Berlín-Leipzig, 1926), pp. 325 ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Le genti e la città*, cit., pp. 519 ss.; MÉNAGER, L. R., «Systèmes onomastiques, structures familiales et classes sociales dans le monde gréco-romain», en *SDHI*, 46 (1980), pp. 187 ss.

³⁰² Se trata de una interpretación sostenida originariamente por NIEBUHR, B. G., *Römischen Geschichte*, cit., pp. 354 ss., quién consideraba que las 30 decurias en que originariamente se dividió la población de Roma se correspondían con las distintas *gentes*. A pesar de contar con seguidores como ADRADOS, F. R., *El sistema gentilicio decimal de los Indoeuropeos occidentales y los orígenes de Roma* (Madrid, 1948), pp. 11 ss., esta posición parece haber quedado superada en la actualidad.

³⁰³ Se trata de una teoría propuesta inicialmente por DE RUGGIERO, E., *La gens in Roma avanti la formazione del commune*, cit., pp. 82 ss., aunque posteriormente desarrollada por BONFANTE, P., *Corso I*, cit., pp. 7 ss., que se habría encargado de encuadrarla en su famosa teoría política de la familia con notable éxito. No obstante, dentro de esta posición mayoritaria existen discrepancias acerca de si las familias sólo serían el resultado de la evolución del grupo gentilicio como mantienen, sustentándose en la transformación económica acaecida durante el período republicano, DE MARTINO, F., *Storia*, cit., pp. 3 ss. o FRANCIOSI, G., *La famiglia romana*, cit., pp. 27-29 o, por el contrario, el grupo familiar sería anterior a las comunidades de corte gentilicio, como han sostenido VICO, G. B., *Principii di scienza nuova*, vol. I (Milán, 1852), pp. 24 y ss.; vol. II, pp. 376 ss.; IHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. I (Leipzig, 1852), pp. 179 ss.; MOMMSEN, T., *Römische Forschungen*, vol. I (Berlín, 1864), pp. 71 ss. Sobre esta cuestión, con abundante bibliografía, vid. FAYER, C., *La familia romana*, cit., pp. 103 ss.

³⁰⁴ Para mayor información, se puede encontrar un resumen de las principales posiciones en debate en SANZ MARTÍN, L., *Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 43 (2010).

La estructura de esta primitiva forma de agrupación se configuraba de acuerdo con los rasgos de la sociedad romana arcaica: se trataba de un grupo doméstico amplío, con un marcado carácter comunitario en su funcionamiento y basado en fuertes vínculos de solidaridad entre los miembros de la comunidad. El fundamento de la organización se sustentaba sobre la creencia de que todos los miembros de la misma *gens* descendían de un mismo antepasado común³⁰⁵, muchas veces de carácter mitológico³⁰⁶.

El funcionamiento interno de la comunidad se regía por la *affectio communitatis*, es decir, por vínculos de solidaridad que obligaban a los distintos miembros del grupo familiar a prestarse ayuda y defenderse frente al exterior³⁰⁷. Estas relaciones venían en gran medida determinadas por el hecho de que las principales actividades económicas de la época arcaica descansaban en el patrimonio doméstico, de manera que todos los integrantes de la *gens* utilizaban los recursos familiares para explotar conjuntamente el territorio que les pertenecía y satisfacer de esta forma sus necesidades básicas.

Sin embargo, no puede obviarse que a partir de esa convivencia impuesta por las circunstancias se habrían terminado consolidando verdaderos lazos de solidaridad entre los miembros del mismo grupo gentilicio que promovían el auxilio de los miembros del grupo que se encontraban en apuros. A este respecto, las fuentes todavía conservan numerosos ejemplos en los que la comunidad gentilicia se solidarizaba con la precaria situación de alguno de sus miembros³⁰⁸ o le ayudaba a sufragar pagos cuando no se encontraba en condiciones de afrontarlos individualmente³⁰⁹.

³⁰⁵ La palabra *gens* deriva etimológicamente del término *geno*, que es la forma arcaica del verbo *gigno*, y hacía referencia a la acción de generar, es decir, a los lazos de sangre que vinculaban a los miembros de una misma *gens*. A este respecto, cabe rescatar la definición de Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.4: *Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine profiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae.*

³⁰⁶ Cfr. FAYER, C., *La familia romana*, vol. I, cit., pp. 78-79.

³⁰⁷ La pertenencia a una determinada comunidad gentilicia se reflejaba antiguamente a través del *nomen gentilicium*, como habría puesto de manifiesto Varrón, *de lingua Latina* 8.4: *Ut in hominibus quaedam sunt agnationes ac gentilitates, sic in verbis: ut enim ab Aemilio homines orti Aemilii ac gentiles, sic ab Aemilii nomine declinatae voces in gentilitate nominali.*

³⁰⁸ Así, por ejemplo, Livio 3.58 afirmaba que los miembros de la *gens* vestían una toga negra en señal de apoyo cuando uno de ellos era llamado a juicio o numerosos autores recuerdan que tras ser destituido como rey, Tarquinio el Soberbio marchó al exilio acompañado de todos los miembros de su *gens* (Cic., *rep.* 2.46; Varro, 329 L.; Gell., *Noct. Att.* 15.29.2).

³⁰⁹ En este sentido, varias fuentes recuerdan el episodio en que Furio Camilo fue condenado a pagar una multa de diez mil ases y, como no podía hacer frente al pago de una multa tan cuantiosa, ésta habría sido enteramente sufragada por los clientes y parientes gentiles pertenecientes a la familia del famoso militar y político romano (Dion. Hal. 13.5; Liv. 5.32.8).

En el reverso de esa solidaridad gentilicia, algunos historiadores del derecho han defendido la existencia de una práctica conocida como *noxae deditio*³¹⁰, consistente en un acto de abandono del miembro del grupo que había cometido un acto criminal que podía comprometer a toda la comunidad gentilicia. Se trataría de una sanción similar a aquellas que adoptaba el *consilium domesticum* con la finalidad principal de sustraer al grupo gentilicio de cualquier clase de responsabilidad penal que pudiera derivarse de los actos criminales que hubiera cometido uno de sus miembros.

Aunque se desconoce por completo como se tomaban estas decisiones, tenemos constancia de que las distintas *gentes* tenían sus propias costumbres³¹¹ para reglamentar ciertos comportamientos de sus componentes y, en caso de existir controversias internas podían emitir los denominados *decreta gentis*³¹². Aunque desafortunadamente solo se han conservado *decreta* relativos a la prohibición de usar el nombre de otros miembros de la *gens* que habían cometido actuaciones reprobables³¹³, parece razonable pensar que a través de estas deliberaciones pudieran imponerse sanciones a aquellos miembros del grupo que transgredían las más elementales normas de comportamiento.

En apoyo de esta teoría cabe traer a colación el testimonio de Suetonio en torno a la prohibición de portar el *praenomen* de dos miembros de la *gens Claudia* que habían cometido un delito de latrocinio y otro de homicidio respectivamente.

Sueton., *Tib.* 1.2: *Cum praenominibus cognominibusque variis distingueretur, Luci praenomen consensu repudiavit, postquam e duobus gentilibus praeditis eo alter latrocinii, caedis alter convictus est. Inter cognomina autem et Neronis assumpsit, quo[d] significatur lingua Sabina fortis ac strenuus.*

³¹⁰ Posiblemente la contribución más importante sobre la noxalidad en la antigua Roma se encuentre en DE VISSCHER, F., *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle* (Bruselas, 1947), siendo posteriormente muchas de sus conclusiones expuestas en el artículo del mismo autor «Il sistema romano della noxalità», en *Iura*, 11 (1960), pp. 1 ss., donde señala que en su primera fase, situada históricamente en la época precívica, la noxalidad conllevaba que la persona que había cometido un crimen fuese expulsado de su grupo gentilicio para evitar las posibles represalias por parte del grupo gentilicio al que pertenecía la víctima.

³¹¹ Se trata de los llamados *mores gentium*, que DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis*, cit., pp. 171 ss., consideraba que eran los últimos residuos de costumbres sustentadas sobre creencias de carácter religioso. En relación con las costumbres adoptadas por cada familia romana, vid. VOLTERRA, E., *Sui mores della famiglia romana*, cit., pp. 521 ss.

³¹² Sobre la naturaleza de estas deliberaciones, vid. MINIERI L., «*Mores e decreta gentilicia*», en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, 3 (Nápoles, 1995), pp. 123 ss.

³¹³ El caso más tratado afecta a la *gens Manlia*, vid. Cic., *Phil.* 1.32; Liv. 6.20; Fest., p. 135 L.

Dejando a un lado las conductas sancionadas, el hecho de que Suetonio utilizase la expresión “*Luci praenomen consensu repudiavit*” ha llevado a parte de la doctrina a considerar que es posible que los *decreta gentis* se adoptasen en consejos domésticos que reunían a los miembros más destacados de la *gens*³¹⁴. En estos órganos colectivos posiblemente se adoptarían las decisiones más importantes en relación con los asuntos que afectaban a los intereses generales del grupo gentilicio.

Entre las cuestiones debatidas en el seno de estos consejos gentilicios se trataría cualquier supuesto delictivo en el que se hubiera visto envuelto algún miembro del clan, independientemente de que fuese la víctima o el ofensor, pero posiblemente también se resolvieran otras controversias de carácter patrimonial como podían ser las cuestiones relativas a la sucesión hereditaria o el desempeño de la tutela³¹⁵.

Como hemos destacado en reiteradas ocasiones a lo largo de nuestro estudio, la primera modalidad tutelar conocida en Roma fue la denominada tutela legítima, que se establecía de acuerdo con el sistema de delaciones hereditarias fijado en las XII Tablas. Al igual que sucedía con la sucesión hereditaria, la función de la tutela se encaminaba a la salvaguarda de la continuidad familiar. Por ese motivo, el cargo de tutor correspondía al pariente agnado más próximo al pupilo y, en su defecto, a los gentiles³¹⁶.

Mediante este orden de llamamientos se aseguraba que la tutela se desarrollase en un ámbito estrictamente familiar, pues en el fondo el tutor se encargaba de proteger los intereses patrimoniales de toda la familia representados en la porción hereditaria que le había correspondido legítimamente a ese menor *sui iuris*. Teniendo en cuenta que los poderes públicos romanos apenas se encontraban desarrollados en época arcaica, parece razonable pensar que cualquier controversia en torno a una cuestión tan trascendental para la supervivencia del grupo familiar fuese resuelta precisamente en el mismo seno de la comunidad doméstica, es decir, en el *consilium* gentilicio.

³¹⁴ Al respecto, DE FRANCISCI, P., *Primordia civitatis*, cit., p. 175, plantea la existencia de un consejo gentilicio que recibiría la denominación de “curia” y estaría compuesto por los distintos *pater familias* que estaban al frente de los distintos grupos familiares que formaban parte de esa *gens*.

³¹⁵ Sobre las cuestiones presumiblemente abordadas en estas reuniones familiares, DE SANCTIS, G., *Storia dei Romani*, II, cit., p. 225, afirma que “non si vede come senza riunioni collettive dei membri della gente, questi potessero far valere i diritti che, in mancanza d’agnati, avevano alla successione ed alla tutela. Dunque, pur non avendo capi né ordinarie adunanze periodiche, si riunivano talora i gentili per deliberare intorno a comuni interessi”.

³¹⁶ Vid. *supra* capítulo V apartado 4.3.

Ante la sospecha de que el tutor legítimo del pupilo no estaba desempeñando adecuadamente sus funciones, bien porque se hubiera constatado algún tipo de fraude en la gestión de los bienes pupilares o bien porque hubiese actuado de manera negligente, parece razonable pensar que las personas más allegadas al menor podrían solicitar a los principales cabezas de familia de los distintos grupos domésticos que conformaban una misma *gens* que se reunieran para conocer el caso.

De la misma forma que sucedía en el *consilium domesticum*, es posible que este consejo gentilicio convocase a los principales afectados y recabase toda la información disponible para finalmente emitir un veredicto. En este sentido, podemos pensar que el consejo podía tanto absolver de cualquier responsabilidad al tutor, advertirle con el fin de que modificase sus conductas o incluso llegar a proponer una sanción, que con toda probabilidad tendría carácter sacramental, y estaría fundamentada en el juramento que había prestado el tutor en el momento de asumir su cargo³¹⁷.

Sin embargo, el régimen tutelar sufre una profunda transformación a medida que la sociedad romana de época antigua tiende a evolucionar hacia formas de organización más individualistas y secularizadas. Por un lado, las primitivas estructuras familiares que ordenaban las relaciones sociales tienden a diluirse, dejando cada vez mayor protagonismo al ciudadano como sujeto individual. Por otra parte, el desarrollo social y económico requiere abandonar los tortuosos rituales religiosos con el fin de fomentar relaciones jurídicas menos rígidas y más pragmáticas.

El progresivo debilitamiento de los grupos familiares arcaicos y la constante pérdida de influencia del elemento religioso en la vida cotidiana implica la expansión del poder público durante toda la época antigua. Mientras que originariamente las controversias de índole particular se resolvían en el ámbito privado de la familia, desde comienzos de la etapa republicana se percibe un mayor intervencionismo de la autoridad pública en todos los procesos privados y públicos³¹⁸.

³¹⁷ En relación con la posible sanción impuesta por el grupo gentilicio, FIORI, R., *Fides e bona fides*, cit., pp. 246-247, señala que cuando en época arcaica una persona rompía con el juramento al que se había comprometido, “l’unica conseguenza possibile, per la comunità, di non essere travolta dal disordine, è ‘separare’ (*sacrare*) il colpevole dal (l’ordine gerarchico del) gruppo”.

³¹⁸ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., p. 28, defiende que la intervención del poder público en la esfera privada de los ciudadanos romanos también pudo venir propiciada por la presión de los plebeyos, pues al carecer de grupos gentilicios, no disponían de un *consilium domesticum* que pudiera controlar y sancionar comportamientos irregulares producidos en el seno del grupo familiar.

Por lo general, cualquier conducta ilícita de carácter grave tiende a solventarse ante las autoridades públicas. A partir de ese momento se tiende a distinguir entre los llamados delitos privados o *delicta* y los conocidos como crímenes públicos o *crimina*, aunque esta drástica distinción terminológica no siempre se manifiesta de manera tan diáfana en las fuentes romanas.

Mientras que los primeros lesionaban algún bien jurídico de naturaleza privada, los *crimina* vulneraban algunos de los valores fundamentales que afectaban a toda la comunidad en su conjunto. En consecuencia, los *delicta* daban lugar a un proceso privado que podía conllevar una sanción pecuniaria en concepto de pena, mientras que los *crimina* eran perseguidos a través de un proceso público que podía concluir con la imposición de una pena de carácter patrimonial o corporal.

Con respecto a las posibles actuaciones fraudulentas del tutor, las primeras noticias sobre la posibilidad de interponer acciones procesales con el fin de reprimir las conductas dolosas del tutor se remontan a las XII Tablas. En efecto, diversas fuentes de la época clásica refieren a la ley decenviral el origen de dos acciones procesales para dirigirse contra el tutor fraudulento en los casos de mayor gravedad: la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

De acuerdo con las conclusiones obtenidas en los capítulos anteriores, sabemos que la aparición de la institución tutelar respondía a la necesidad de salvaguardar los distintos elementos que daban sentido a la continuidad familiar. Por ese motivo, la designación de los tutores se habría articulado conforme a la regulación del fenómeno sucesorio plasmada en las XII Tablas. Como resultado del análisis de las disposiciones decenvirales hemos podido determinar el orden de llamamientos sucesorios con base en el cual se establecieron las diferentes modalidades tutelares.

Aunque en las instituciones de Gayo se aluden a distintas clasificaciones³¹⁹, nosotros hemos optado por la exposición tripartita proveniente de Servio Sulpicio Rufo, pues no solo habría sido la mejor acogida en su momento, sino que además se muestra más acorde con las distintas delaciones sucesorias. De acuerdo con este punto de vista, las *species tutelarum* podían clasificarse en función de las tres principales formas de nombramiento de los distintos tutores, por lo que el jurista antoniniano distinguía entre la llamada tutela legítima, la tutela testamentaria y la tutela dativa.

En consonancia con la delación en favor de los herederos legítimos, el cargo de tutor legítimo recaía sobre los parientes más cercanos al pupilo y, puesto que se trataba de una designación que se correspondía con el orden natural de la antigua organización familiar, la condición de tutor legítimo se adquiría sin necesidad de una aceptación expresa y sin posibilidad de renunciar al cargo. En este sentido, hemos destacado que se trataba de un cargo naturalmente inamovible.

No obstante, resulta razonable pensar que en ciertos casos los tutores legítimos se encontrasen impedidos o excesivamente ocupados para atender debidamente todas sus funciones al frente de la administración pupilar. En estas circunstancias, aunque no tuvieran capacidad para renunciar a una designación que venía impuesta en virtud de la relación de parentesco con el pupilo, parece que los tutores legítimos sí habrían estado facultados para transmitir a una tercera persona el ejercicio de las funciones tutelares a través del mecanismo de la *in iure cessio tutelae*.

³¹⁹ Vid. *supra* Gai. 1.188.

A pesar de que las fuentes únicamente reconocen el uso de este recurso procesal para la *tutela mulierum*, nosotros hemos defendido que probablemente esta facultad estuviera originariamente reconocida a toda clase de tutores. Ahora bien, solo en época clásica se habría decidido excluir a los *tutores impuberum* debido a que, a diferencia de lo que sucedía en la *tutela mulierum*, se habría generalizado la utilización de la *in iure cessio tutelae* como forma de exonerarse de una designación que, en muchas ocasiones, sería concebida como una pesada carga para el tutor.

El reconocimiento de este recurso jurídico conciliaba la inamovible naturaleza de la tutela legítima con su marcado carácter potestativo, pues al mismo tiempo que se posibilitaba la transmisión del ejercicio de la tutela a un tercero, el tutor conservaba en todo momento la titularidad de un cargo irrenunciable. De esta forma, se garantizaba la protección de los intereses patrimoniales del pupilo y su familia, pero se respetaba que la tutela, que debemos recordar que estaba íntimamente ligada a la sucesión hereditaria, quedase en manos de miembros del grupo familiar.

Con unas características completamente diferenciadas, el siguiente apartado de este capítulo se ha centrado en la tutela testamentaria. La primera cuestión que hemos analizado ha sido el momento preciso de su aparición. Aunque sus orígenes tienden a remontarse a las XII Tablas³²⁰, hemos señalado que existen indicios para pensar que esta institución no se encontraba contemplada en ninguna disposición decenviral. Por el contrario, de conformidad con la reconstrucción del originario sistema sucesorio que perfilamos en el capítulo anterior, parece que esta modalidad tutelar habría surgido como resultado de la consolidación, en virtud de la labor de la jurisprudencia de época postdecenviral, del denominado testamento *per aes et libram*.

En contraposición a las estrictas limitaciones que, en virtud de las relaciones de fraternidad interparental, se imponían en el caso de la tutela legítima, el nombramiento de los tutores testamentarios correspondía al *pater familias* del pupilo y podía recaer sobre personas que no pertenecieran a la comunidad familiar. Por ese motivo, aunque esta designación todavía se concebía como un derecho potestativo en favor del tutor, también presentaba ciertos rasgos de carácter asistencial que se ajustaban a la creciente preocupación social por la situación de los menores desamparados.

³²⁰ Vid. *supra* Gayo, 12 ad Ed. prov., D. 26.2.1 pr.; Paulo, 8 ad Ed., D. 26.2.20.1; Tit. Ulp. 11.14.

Como consecuencia de la combinación de elementos potestativos con la función proteccionista de la tutela, en esta nueva modalidad tutelar se observa un aumento de las funciones encomendadas al tutor y, consecuentemente, de sus responsabilidades. Esta nueva realidad conlleva que la designación como tutor testamentario comience a percibirse como una cierta carga. Por este motivo, en paralelo a lo que sucedía en el régimen de la sucesión testamentaria, el cargo de tutor testamentario se caracterizaría por su voluntariedad. A diferencia de lo que sucedía con la tutela legítima, los tutores testamentarios debían realizar un acto de aceptación del cargo y, a pesar de que no se podía transmitir el ejercicio del mismo a un tercero, estaban facultados para renunciar a la tutela mediante la denominada *abdicationis tutelae*.

Dado que la renuncia al cargo podía llevarse a cabo en cualquier momento y sin necesidad de aducir causas justificativas, es posible que a medida que se consolidase la nueva función asistencial de la tutela se hubieran generalizado las renunciaciones caprichosas o injustificadas al cargo de tutor testamentario. Con el objetivo de acabar con esta clase de prácticas fraudulentas se implantaron medidas encaminadas a restringir la amplísima capacidad de renuncia de la época antigua, aunque finalmente se terminaría aplicando el régimen de las *excusationes* propio de la tutela dativa.

Con respecto a esta tercera modalidad tutelar, hemos señalado que se trataba de una designación impuesta desde los poderes públicos con la finalidad de nombrar un tutor que gestionase adecuadamente los asuntos de los menores *sui iuris* que careciesen tanto de un tutor legítimo como de uno testamentario. En contraposición a la naturaleza eminentemente potestativa de las otras dos *species tutelarum*, el nombramiento del tutor dativo presentaba un carácter marcadamente asistencial.

Dado que el fin del nombramiento tutelar consistía en garantizar la protección de los intereses pupilares, la persona designada como tutor dativo no estaba facultada para ceder el ejercicio de la tutela a través de una *in iure cessio tutelae*, pero tampoco para renunciar al cargo mediante una *abdicationis tutelae*. En estas circunstancias parece que se habría instituido el régimen jurídico de las *excusationes*, que, como su nombre indica, posibilitaba que los tutores dativos se pudieran excusar del nombramiento magistral a través de la alegación de una excusa legalmente aceptada.

En todo caso, parece fuera de toda duda que el régimen de las *excusationes*, en origen circunscrito al ámbito de la tutela dativa, habría terminado por extenderse al resto de modalidades tutelares. A esta evolución contribuyeron de forma decisiva las distintas reformas impulsadas por el emperador Claudio con la finalidad de proteger los intereses patrimoniales de los menores sometidos a tutela ante los retos que suponía enfrentarse a una sociedad cada vez más individualista, que en el ámbito tutelar se traducía en una creciente predisposición a desentenderse de las cargas que comportaba la designación como tutor a partir de la época clásica.

De acuerdo con la clasificación que hemos delineado a lo largo de este capítulo, estas tres *species tutelarum* que formaban la clasificación tripartita de Servio Sulpicio representaban tres grandes estadios históricos en los que se puede observar el devenir de la institución tutelar. En un primer momento solo se habría conocido la tutela legítima, de carácter inamovible al concebirse como una potestad o derecho basado en vínculos de parentesco. Sin embargo, a medida que se disuelven los antiguos lazos familiares y se acrecienta la preocupación social por los menores desamparados, aparece una nueva tutela testamentaria con ciertos rasgos asistenciales, que conlleva mayor responsabilidad pero permite a su titular renunciar libremente al cargo. Como colofón de esa tendencia proteccionista en defensa de los intereses del pupilo habría aparecido la tutela dativa, que se consideraba un verdadero *munus publicum* y únicamente admitía la renuncia al cargo a través de un conjunto delimitado de *excusationes*.

Una vez analizada la evolución de la institución tutelar durante la época antigua, en la segunda parte de este capítulo nos hemos ocupado de realizar un sucinto repaso por las principales funciones encomendadas a los tutores. A este respecto, nos hemos ocupado de manera especial de la *negotiorum gestio* y la *auctoritas tutoris*.

No obstante, primero hemos comenzado señalando que aunque la instrucción del pupilo no se contase entre las funciones originarias del tutor, pues en principio estos se limitaban a proporcionar una gestión adecuada del patrimonio pupilar. Sin embargo, a medida que se imponía la consideración de la tutela como *munus publicum*, se habría obligado a los tutores a ocuparse no solo de la administración del patrimonio pupilar, sino también de otros aspectos relacionados con el desarrollo personal del pupilo, que originariamente correspondían a los parientes más cercanos del menor.

Ahora bien, las funciones atribuidas al tutor desde los mismos orígenes de la tutela atañían principalmente al ámbito patrimonial y, aunque las facultades tutelares varían a medida que evoluciona la institución, suele distinguirse sintéticamente entre la *negotiorum gestio* y la *auctoritas tutelae interpositio*.

En relación con la denominada *negotiorum gestio*, los tratadistas modernos emplean habitualmente esta expresión para hacer referencia a las actuaciones realizadas por una persona, que sin haber aceptado un encargo concreto, decide ocuparse de forma espontánea de gestionar los asuntos de otra persona. Aunque esta institución se habría empleado desde tiempos remotos en un gran número de situaciones, sin embargo, no habría alcanzado su máxima expresión hasta finales de la época republicana con la introducción del edicto especial “*de negotiis gestis*”.

En el contexto de las relaciones tutelares, la *negotiorum gestio* venía ejercitada principalmente sobre pupilos “*qui fari non possunt*”, entendiéndose esta incapacidad en el sentido de que se trataba de niños demasiado pequeños para poder expresar las fórmulas rituales empleadas habitualmente en el tráfico jurídico. Debido a su incapacidad para expresar un pensamiento razonable, estos *infantes* eran equiparados a los *furiosi* y, en consecuencia, requerían de la intervención de un tercero que se encargase de gestionar sus intereses patrimoniales en su nombre.

El nombramiento de tutor en estos casos venía acompañado del reconocimiento de un amplísimo margen de actuación, pues prácticamente podía concluir cualquier acto jurídico por cuenta del pupilo. Sin embargo, a medida que la tutela se convierte en una institución de carácter asistencial, se establecen diversas limitaciones que promueven la idea de que las funciones tutelares debían desempeñarse anteponiendo los intereses del pupilo sobre cualquier otra consideración personal del tutor.

Como resultado de esas limitaciones, las actuaciones desempeñadas por el tutor se convierten en verdaderas obligaciones en beneficio de los pupilos. Durante el período imperial tiende a consolidarse este régimen jurídico, hasta el punto de que en la época de Justiniano se establece que los magistrados deben observar con detenimiento las decisiones administrativas de los tutores, aplicando las correspondientes sanciones en caso de que no se respetasen las limitaciones establecidas.

En contraposición a los menores incapaces de expresar un testimonio razonable, los *infantia maiores* no solo tenían reconocida cierta capacidad de actuación directa en el tráfico jurídico, sino que además presentaban cierta responsabilidad por sus actos, incluso pese a que no llegasen a entender todas las consecuencias jurídicas de los actos que realizaban. No obstante, su capacidad de actuación todavía se encontraba limitada, pues si bien estaban facultados para concluir algunos actos patrimoniales por su cuenta, requerían la intervención del tutor para realizar otros muchos.

Por ese motivo, a pesar de que los *infantia maiores* intervinieran directamente en la gestión de sus propios asuntos, por lo general esa actuación venía refrendada por la *auctoritas interpositio* de su tutor. Como hemos apuntado en este capítulo, es posible que antiguamente se hubiera utilizado frecuentemente, pues en principio se prefería que fuera el propio pupilo quién concluyera los actos negociales. Sin embargo, a partir de la aparición de la *negotiorum gestio* en el ámbito tutelar, parece que la *auctoritas tutoris* habría quedado restringida para aquellos supuestos en los que podían derivarse efectos perjudiciales en la conclusión de un negocio jurídico por parte del pupilo.

Una vez alcanzada la pubertad, se consideraba que el antiguo pupilo ya se encontraba plenamente capacitado para gestionar sus propios asuntos, sin necesidad de que mediase ningún tipo de control tutelar. Ahora bien, los romanos advirtieron que el reconocimiento de esa plena capacidad de obrar suponía un riesgo para los intereses patrimoniales de muchos jóvenes inexpertos. Con el fin de evitar que estos pudieran ser víctimas de abusos en el tráfico negocial, se establecieron diversas medidas dirigidas a salvaguardar los intereses de los púberes hasta los veinticinco años.

Una vez conocidas las funciones que podían desempeñar los tutores romanos, el siguiente apartado de nuestro trabajo está dedicado a la responsabilidad que podía derivarse de las actuaciones realizadas por esos tutores. Al igual que sucedía con los amplísimos poderes reconocidos al *pater familias*, en origen las facultades del tutor se encontraban constreñidas por limitaciones impuestas por la propia dinámica de las relaciones sociales. En este sentido, no tenemos constancia de normas jurídicas que regulasen el desempeño de sus funciones, pues todo apunta a que el comportamiento del tutor debía adecuarse a una serie de principios morales y religiosos que ordenaban las relaciones de convivencia entre los ciudadanos romanos.

Dentro del elenco de virtudes a las que todo *bonus vir* debía aspirar destacaba especialmente la *fides*, que desde tiempos remotos se habría empleado como criterio informador para valorar la vinculación objetiva entre la palabra comprometida por una persona y las actuaciones que posteriormente habría llevado a cabo en el marco de las obligaciones que debía realizar conforme a su *officium*.

A este respecto, hemos destacado la estrecha vinculación entre la noción de la *fides* arcaica y el *ius iurandum*, que antiguamente se habría considerado una especie de *affirmatio* religiosa ante las divinidades romanas. En consonancia con las exigencias impuestas para acceder a ciertos cargos públicos, hemos considerado probable que también los antiguos tutores se vieran obligados a prestar algún tipo de juramento de carácter sacramental antes de acceder al cargo, en virtud del cual se comprometían a desempeñar sus funciones de manera diligente.

De esta forma, cuando se constataba cualquier actuación fraudulenta en perjuicio del patrimonio pupilar, existía la posibilidad de exigir cierta responsabilidad al tutor por haber infringido su propio juramento. Ahora bien, teniendo en cuenta que antiguamente los poderes públicos tenían un restringido ámbito de actuación en asuntos jurídicos de carácter privatístico, cabe suponer que originariamente la represión penal de todas estas conductas ilícitas debía resolverse en un ámbito estrictamente familiar.

En condiciones normales, esta función habría recaído en el *pater familias*, pues representaba la máxima autoridad doméstica. Pero en estos casos debemos recordar que el pupilo se encontraba sometido a tutela porque carecía de un *pater familias* y, además, que el nombramiento como tutor debía recaer sobre un ciudadano romano, varón y que tuviera la condición de cabeza de familia. En consecuencia, solo cabría pensar en la existencia de un control colectivo por parte del grupo familiar

En este sentido, las fuentes recuerdan la existencia de un antiguo órgano familiar que recibía la calificación de “*consilium domesticum*”. Como su propio nombre indica, se trataba de un consejo doméstico compuesto por parientes, amigos y conocidos del grupo familiar, que se reunían con la finalidad de realizar una valoración acerca de una situación jurídica que afectaba a alguno de los miembros del grupo familiar y adoptar, en consecuencia, una posición común al respecto.

Después de haber descartado, siguiendo la interpretación de Volterra, que este consejo familiar pudiera ostentar un poder jurisdiccional equiparable o contrapuesto al poder jurisdiccional que emanaba de la *civitas*, nos hemos centrado en desentrañar las competencias atribuidas al *consilium domesticum*. Concretamente queríamos dilucidar si los supuestos de tutores fraudulentos que atentaban contra los intereses patrimoniales del pupilo y, por tanto, contra los intereses de todo el grupo familiar, podían conocerse en estos antiguos consejos de carácter doméstico.

Desde esta perspectiva hemos analizado sucintamente algunos de los principales episodios recogidos en las fuentes. Sin embargo, la mayor parte de los supuestos que se han conservado aluden a la intervención del *consilium domesticum* para evaluar los comportamientos criminales cometidos por algún *filius familias* en el desempeño de un cargo público o en el marco de la gestión de intereses relevantes para su grupo familiar, o se ocupan de valorar algunas situaciones controvertidas en las que se habrían visto envueltos algunos miembros de la comunidad doméstica.

Todos estos casos presentan como nota en común que requieren la intervención del *consilium domesticum* para evaluar la actuación concreta de un miembro del grupo familiar en supuestos de especial trascendencia social. Sin embargo, estos procesos no siempre presentaban una finalidad sancionatoria, sino que en muchas ocasiones servían para que la comunidad doméstica manifestase su apoyo al integrante de la comunidad familiar que se encontraba en una situación comprometida. En realidad, se trataba de un mecanismo de protección de la reputación familiar, pues con esa decisión se pretendía evitar la deshonra de una condena de carácter público.

Dado que durante la época antigua todavía se asociaban los comportamientos de un individuo con todo su grupo familiar de origen, resulta razonable que la comunidad familiar manifestase su posición cuando alguno de sus miembros se veía involucrado en controversias de cierta trascendencia. De esta forma, mostraban su apoyo si habían sido víctimas de actuaciones criminales, pero, al mismo tiempo, no dudaban en desmarcarse de los comportamientos inapropiados realizados por uno de sus miembros. Aunque no se conserva ninguna referencia expresa en las fuentes a este respecto, resulta razonable pensar que algunas de las controversias relacionadas con el inadecuado desempeño de las funciones tutelares fueran conocidas por el *consilium domesticum*.

Ahora bien, esta posibilidad nos remontaría a una época en la que la sociedad romana se articulaba sobre la base de grupos gentilicios. A este respecto, sabemos que las *gentes* tenían sus propias costumbres y podían emitir *decreta gentis* para sancionar a aquellos miembros que transgrediesen el orden interno. Desgraciadamente carecemos de más información al respecto, por lo que únicamente podemos apuntar la posibilidad de que en origen las conductas fraudulentas de los tutores fueran valoradas y, en su caso, sancionadas en el marco de un consejo doméstico gentilicio.

Esta ordenación concuerda con el limitado alcance de los poderes públicos en cuestiones jurídicas privadas durante la época arcaica. Dado que las autoridades solo intervenían cuando se cometía una actuación que vulnerase valores fundamentales de la sociedad, resulta congruente que las primeras sanciones contra los tutores fraudulentos se hubieran sustanciado ante un consejo de corte gentilicio, que habrían sido el germen de los posteriores *consilia domestica* referidos en las fuentes republicanas.

Sin embargo, a medida que extendió el intervencionismo público en la esfera de las relaciones jurídicas privadas, las actuaciones tutelares tendieron a ser reguladas por vía legislativa y, consecuentemente, varias fuentes jurídicas recuerdan que en las XII Tablas ya se recogían dos acciones procesales para dirigirse contra el tutor fraudulento: la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*.

VII. *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS*

1. La *actio rationibus distrahendis* en las fuentes
 2. Una acción contemplada en las XII Tablas
 3. Naturaleza de la *actio rationibus distrahendis*
 - 3.1. *Tutores quam perfide agere*
 - 3.2. Una acción penal especial
 - 3.2.1. Sobre su posible acumulación con la *actio furti*
 - 3.2.2. Sobre su posible acumulación con dos acciones reipersecutorias: la *actio tutelae* y la *condictio furtiva*
 4. Procedimiento de la *actio rationibus distrahendis*
 - 4.1. Articulación originaria conforme al sistema de las *legis actiones*
 - 4.2. Incertidumbre sobre su fórmula edictal
 5. Competencia para conocer del procedimiento
 6. Contra quiénes se dirige la *actio rationibus distrahendis*
 - 6.1. *Rationibus distrahendis actione tenentur omnes tutores*
 - 6.2. Pluralidad de tutores: *Si ipsi tutores rem pupilli furati sunt*
 7. Sujetos legitimados para ejercitar la acción
 8. La pena *in duplum*
- A modo de recapitulación

1. LA *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS* EN LAS FUENTES

Uno de los principales inconvenientes que conlleva investigar acerca de figuras jurídicas que remontan su origen a tiempos tan remotos radica precisamente en la falta de fuentes que informen acerca de su primitiva articulación. Este fenómeno resulta aún más intrincado si tenemos en cuenta que la *actio rationibus distrahendis* se encontraba prácticamente en desuso desde la época clásica debido a la tendencia unificadora que se manifiesta en Roma a partir de la aparición de la denominada tutela dativa y, sobre todo, desde la generalización de la *actio tutelae*.

Por ese motivo, solo tenemos constancia de una serie de fragmentos en los que se alude a la *actio rationibus distrahendis*¹. La ordenación más amplia a este respecto se encuentra recogida en D. 27.3 “*De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione*”. Aunque la mayor parte de los veinticuatro textos que componen este título se ocupan, en general, de la *actio tutelae*, los últimos cinco fragmentos hacen referencia expresamente a nuestra acción.

Al margen de lo anterior, la *actio rationibus distrahendis* únicamente aparece mencionada en otras dos ocasiones en el Digesto. Por un lado, se hace referencia a su origen decenviral en un fragmento perteneciente a las *disputationes* de Trifonino². Además, se menciona en un texto de Juliano en el que se confirmaba la posibilidad de ejercitar la *actio tutelae* contraria cuando se ejercitaba la *actio rationibus distrahendis*³. En relación con este mismo jurista, se tiene aun constancia de otro fragmento cuya referencia a la *actio rationibus distrahendis* es insegura⁴.

Por otra parte, fuera del ámbito del Digesto, solo se tiene noticia de un pasaje de las *Pauli Sententiae*⁵ en el que, si bien es cierto que no se recoge una mención expresa a la *actio rationibus distrahendis*, se indica que cuando se imponía una pena al doble a los tutores debía interpretarse que una parte contenía el resarcimiento del daño causado y la

¹ VOCI, P., «*Actio rationibus distrahendis*», en *Studi di Diritto romano* (Padua, 1985), p. 652, confirma que “i testi di qualche importanza, che si possano sicuramente riferire all’*actio rat. distr.*, sono assai pochi: quattro in tutto, appartenenti a Trifonino, Ulpiano e Paolo”.

² Vid. *infra* Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1.

³ Vid. *supra* Juliano, 21 *dig.*, D. 27.4.2.

⁴ Vid. *supra* Juliano, 21 *dig.*, D. 26.7.18.1.

⁵ *Paul. Sent.* 2.30: *Dolo tutoris curatorisve detecto in duplum eius pecuniae condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt.*

otra parte se contemplaba como sanción. Parece fuera de toda duda que se trataría de una referencia directa a nuestra acción.

Ahí concluye toda la información que conservan las fuentes recibidas acerca de la *actio rationibus distrahendis*. Con la salvedad de las referencias de Juliano, de las que una ni siquiera es seguro que se refiriera a nuestra acción, se trata de fragmentos procedentes de juristas de época severiana y, por tanto, muy tardíos.

Posiblemente esta parquedad en las fuentes, tanto en lo relativo a su cantidad como en relación al contenido, se deba a que desde comienzos de la época clásica se trataba de un recurso procesal en franco retroceso. Si bien es posible que en origen se hubiera empleado habitualmente para sancionar las sustracciones cometidas por tutores legítimos en época antigua⁶, lo cierto es que desde la implantación de la tutela dativa se habría visto paulatinamente desplazada por la *actio tutelae*. Esta última era una acción de rendición de cuentas que dotaba de un mecanismo más efectivo y perfeccionado para que los afectados por las conductas fraudulentas del tutor pudieran interponer sus reclamaciones una vez finalizada la tutela.

En consecuencia, la *actio rationibus distrahendis* habría quedado postergada para casos concretos de ciertas sustracciones no perseguibles mediante la *actio tutelae*. De esta forma se explica la ausencia de más testimonios jurídicos que hagan referencia a esta acción y, en consecuencia, las múltiples dudas que aún persisten en la doctrina en torno a la naturaleza y funcionalidad de este recurso procesal. A estos efectos resultan especialmente ilustrativas unas palabras de las *Istituzioni* de Mario Talamanca, reflejo de la incertidumbre que existe sobre diversos aspectos relativos a esta acción:

“Nella tutela legittima il pupillo poteva disporre dell’*actio rationibus distrahendis*, che è dubbio se spettasse soltanto alla fine della carica. La funzione dell’azione in tempo risalente è incerta: essa portava alla condanna al doppio del valore delle cose sottratte dal tutore al pupillo ed aveva quindi carattere penale. Dalla fine della repubblica, il tutore legittimo che volesse amministrare il patrimonio pupillare doveva prestare la *satisfactio rem pupilli salvam fore*; l’*actio rationibus distrahendis*, però, sopravvive, anche se in periodo classico non si è in grado di precisare la sua funzione, come del resto è dubbia la sua estensione agli altri tipi di tutela.

⁶ Vid. *infra* capítulo VII apartado 4.6.

Alle origini, questa azione è, a quanto pare, un surrogato dell'*actio furti* (*nec manifesti*), che non era, forse, esperibile contro il tutore. In età classica essa sembra, invece, concorrere – non è chiaro se elettivamente o cumulativamente – con l'*actio furti*: nel Digesto parrebbe avere la natura di *actio mixta*, ma non è sicuro che fosse ancora in uso nella pratica⁷”.

Al leer el texto con calma, llama poderosamente la atención el tan desorbitado número de incertidumbres en un autor tan riguroso. En unas pocas líneas, Talamanca emplea hasta en diez ocasiones (que he subrayado en la reproducción original) varios términos que manifiestan inseguridad, lo que no hacen sino reproducir, y con gran exactitud las más relevantes incertezas doctrinales.

En las siguientes páginas se tratará de aportar alguna luz sobre esos problemas. Para ello he decidido afrontar el estudio de las incertezas planteadas por Talamanca según la periodización de la historia jurídica romana que toma como referencia la evolución jurisprudencial, ya que considero que es la más adecuada a la hora de analizar las instituciones de Derecho privado. No obstante, se debe advertir, ya de entrada, que más de una de estas incertidumbres no tiene solución segura⁸.

⁷ TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 166.

⁸ Con respecto a algunos de los aspectos que vamos a tratar sobre la *actio rationibus distrahendis*, nos remitimos a HERRERO MEDINA, M., «Observaciones sobre la *rationibus distrahendis*», en SCDR, 27 (2014), pp. 321-351.

2. UNA ACCIÓN CONTEMPLADA EN LAS XII TABLAS

La tradición jurisprudencial romana remonta la sanción del ilícito sancionado a través de la *actio rationibus distrahendis* nada menos que a la ley de las XII Tablas. Aunque la disposición decenviral no se ha conservado, el jurista Claudio Trifonino, que fue miembro del *consilium* del emperador Septimio Severo⁹, recuerda en un fragmento cuyo contenido será analizado con mayor detenimiento más adelante, que esta acción ya se encontraba recogida en la ley de las XII Tablas.

Trifonino, *14 disput.*, D. 26.7.55.1: *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur. Et quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur.*

Este fragmento se enmarca dentro de la controversia analizada por Trifonino en torno a la responsabilidad de los distintos tutores en un supuesto de mala administración de la cotutela¹⁰. Tras haber señalado que en estos supuestos todos los cotutores se encontraban obligados a responder solidariamente, salvo que se hubieran distribuido entre ellos los recursos del pupilo, el jurista plantea cómo se habría determinado esa responsabilidad en caso de que esos tutores hubieran cometido un hurto.

Sin entrar a valorar por el momento esta respuesta jurisprudencial desde el punto de vista sustancial, cabe destacar que Trifonino señalaba que la ley de las XII Tablas ya contemplaba una acción que condenaba al doble de lo sustraído por los cotutores en esta clase de supuestos. Pese a que no menciona su denominación, todos los indicios apuntan a que se estaba refiriendo a la *actio rationibus distrahendis*.

⁹ Para comprender la figura y obra de Claudius Tryphoninus, resulta imprescindible la lectura de autores clásicos como KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte* I, cit., pp. 738 ss.; JÖRS, P., s.v. *Claudius* (369), en *RE*, vol. III/2 (1899), pp. 2882 ss., y, más recientemente, el primero de los dos volúmenes de MARIE, S., «Las anotaciones de Trifonino a C. Escevola», en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano*, 2 (1989), pp. 9-10; KUNKEL, W., *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (Colonia – Weimar – Viena, 2001), pp. 231-233; FILDHAUT, K., *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätclassische Juristenschrift* (Berlín, 2004), pp. 13-14; BALDUS, C., «Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus», en *Rivista di Diritto Romano*, 5 (2005), pp. 10 ss.; ID., «Eine Lehre von Rechtsobjekt bei Claudius Tryphoninus?», en *Rivista di Diritto Romano*, 10 (2010), pp. 2 ss.; STEPAN, S., *Scaevola noster: Schulgut in den "libri disputationum" des Claudius Tryphoninus?* (Heidelberg, 2018), pp. 5 ss.

¹⁰ Cfr. Trifonino, *14 disput.*, D. 26.7.55 pr.

Desgraciadamente no disponemos de más fuentes jurisprudenciales que permitan corroborar el origen decenviral de esta acción. No obstante, más o menos dos siglos y medio antes de que Trifonino escribiera estas palabras, encontramos ciertos apoyos al testimonio del jurista en el *de officiis* de Cicerón. Inmediatamente después de haberse referido a la introducción por su amigo Aquilio Galo - no se sabe si cuando fue pretor (en el año 66 a.C.¹¹) o bien en función de consejero del magistrado¹² - de las fórmulas de dolo (de la *actio* y de la *exceptio*)¹³ y de la definición aquiliana del *dolus malus*, decía Cicerón que ya con anterioridad el dolo era perseguido por algunas leyes, como las XII Tablas que perseguían el dolo del tutor o la ley Laetoria.

Cic., *de off.* 3.15.61: *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

Ahora bien, Cicerón únicamente se limitaba a reconocer que la ley de las XII Tablas sancionaba el *dolus malus* del tutor, sin precisar en ningún momento a qué tipo de recurso procesal se estaba refiriendo. La ambigüedad de esta formulación no permite conocer si con estas palabras estaba haciendo alusión a la *actio rationibus distrahendis*, a la *accusatio suspecti tutoris*¹⁴ o a ambos recursos procesales¹⁵.

Desde nuestro punto de vista resulta razonable pensar que esa mención genérica al *dolus malus* del tutor hiciera referencia a varias medidas procesales contra el tutor¹⁶, entre las que con toda seguridad se encontraba la *actio rationibus distrahendis*. En este sentido, no se conocen razones de peso para poner en tela de juicio que dicha sanción figurase en la ley de las XII Tablas y, en caso contrario, habría que explicar de un modo convincente tanto el uso de esa alusión genérica en la obra de Cicerón como los motivos que habrían podido inducir a Trifonino a inventarse algo así.

¹¹ Vid. KUNKEL, W., *Die Römischen Juristen*, cit., p. 21.

¹² En este sentido, D'IPPOLITO, F., «Sulla data dell'*actio de dolo*», en *Labeo*, 41 (1995), pp. 247 ss.

¹³ Vid. BRETONI, M., *Storia del diritto romano*, cit., p. 174.

¹⁴ Sobre el origen decenviral de la *accusatio suspecti tutoris*, vid. *infra* capítulo VI apartado 5.2.

¹⁵ En la misma línea interpretativa, VOCI, P., «*Actio rationibus distrahendis*», cit., pp. 651-652, afirmaba que “anche da Cicerone sappiamo che il dolo del tutore era perseguito dalla legislazione decemvirale; ma la notizia è generica, e si potrebbe riferire all'uno o all'altro dei rimedi, o a tutte”, decantándose aparentemente por esta última posibilidad.

¹⁶ En este sentido KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte II*, cit., pp. 281, crítica duramente todos los argumentos expuestos por aquella parte de la doctrina que defiende que la mención al *dolus malus* estaba referida únicamente a alguno de los dos recursos procesales que analizamos.

Cuestión distinta es que, como resulta a todas luces evidente, la denominación de *actio rationibus distrahendis* no puede en modo alguno remontarse a las XII Tablas, pues debe ser posterior en el tiempo a la legislación decenviral¹⁷. Originariamente todos estos supuestos debían sustanciarse a través de alguna de las *legis actiones* antiguas y solo en un momento histórico muy posterior, se habría impuesto la calificación jurídica de *actio rationibus distrahendis*.

De todos modos, resulta muy complicado precisar el momento exacto en que se habría adoptado esa denominación, pues incluso su propio significado sigue todavía siendo una incógnita: si bien es posible que hiciera referencia a la acción de quitar (*distrahere*) los libros de cuentas (*rationes*) al tutor para separar sus cuentas de aquellas correspondientes al patrimonio pupilar con el fin de evaluar si efectivamente se había producido alguna malversación¹⁸, tampoco puede descartarse que hiciera alusión a la obligación que tenían los tutores de presentar las cuentas de su administración al pupilo cuando finalizaban sus funciones en el cargo¹⁹.

¹⁷ KASER, M., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 89, señala expresamente que “Der name der Klage ‘auf Prüfung der Rechnungen im einzelnen’, nämlich der eigenen des Tutors und der des Mündels, ist, der Gerundivform zufolge, alt, aber kaum decenviral, weil es eine technische ‘Rechnungslegung’ damals schwerlich gegeben hat”.

¹⁸ Se trata de una hipótesis contemplada por romanistas como ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 496 nt. 2; GUARINO, A., *Diritto privato*, cit., p. 616; ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 503 nt. 378; VOCI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., p. 652

¹⁹ Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.3: *Officio tutoris incumbit etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere; ceterum si non fecit aut si factas non exhibet, hoc nomine iudicio tutelae tenebitur.*

3. NATURALEZA DE LA *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS*

3.1. *TUTORES QUAM PERFIDE AGERE*

Antes de ocuparnos de analizar propiamente la naturaleza originaria de la *actio rationibus distrahendis* y su posterior evolución en el tiempo, consideramos necesario precisar en qué clase de supuestos se ejercitaba esta acción. A pesar de que las fuentes no se muestran del todo claras al respecto, parece que a través de este recurso procesal podía sancionarse a aquellos tutores que hubieran sido declarados responsables de haber cometido abusos dolosos en perjuicio del patrimonio pupilar.

En relación con las conductas punibles, los juristas utilizan múltiples términos para aludir a los posibles comportamientos del tutor: mientras que Ulpiano emplea la expresión *intercipere* para referirse al apoderamiento o interceptación de los bienes del pupilo por parte del tutor²⁰, Paulo habla de una sanción contra “*qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit*”²¹ y en las *Pauli Sententiae* se utiliza el verbo *fraudare* para referirse a los bienes sustraídos a los pupilos²².

Aunque estas expresiones presentan diferentes matizaciones en sus significados, todas ellas hacen alusión a una misma noción vinculada al apoderamiento ilegítimo de bienes pertenecientes a otra persona. Esta concepción nos lleva inevitablemente a pensar en el antiguo delito de hurto romano²³, pues consistía precisamente en la apropiación ilegítima de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su propietario. Este paralelismo se acrecienta aún más si cabe si tenemos en cuenta que Trifonino no solo empleaba el término *furari*²⁴ para hacer alusión a la *actio rationibus distrahendis*, sino que incluso llegaba a calificar a los tutores condenados por esta acción como ladrones.

²⁰ La expresión aparece referida en Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.22 y etimológicamente procede de la fusión entre el prefijo *inter-* (entre) y el verbo *cipio* (coger), de forma que adoptaba el significado de apoderarse por sorpresa, interceptar o incluso hurtar un bien ajeno.

²¹ Se trata de una reproducción parcial del fragmento de Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2 pr., donde se utiliza el término *abstulere*, proveniente del verbo *auferre*, que puede traducirse como llevar consigo, conducir a otra parte o incluso quitar una cosa a otra persona.

²² Concretamente el pasaje de las *Paul. Sent.* 2.30 se expresa en los siguientes términos: *Dolo tutoris curatorisve detecto in duplum eius pecuniae condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt*. De acuerdo con POKORNY, J., *Indogerm. Etym. Wörterbuch*, cit., p. 277, el término *fraudare* parece provenir de la raíz indoeuropea **dhwer-*, que tanto en sus derivados sánscritos como latinos hace siempre referencia a la idea de defraudar o engañar a otra persona.

²³ *Cfr.* Paulo, 39 *ad Ed.*, D. 47.2.1.3.

²⁴ Parece proceder del término *furor*, que antiguamente adoptaba el significado de hurtar o sustraer.

Sin embargo, en el mismo fragmento Trifonino recuerda que los tutores habían aceptado la administración de los bienes del pupilo y, por tanto, se consideraba que no tomaban esos bienes contra la voluntad del pupilo, sino que actuaban con perfidia.

Trifonino, *14 disput.*, D. 26.7.55.1: *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur. Et quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur; nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est, sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere; nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.*

Por ese motivo, nos inclinamos a pensar que el jurista emplea una terminología poco rigurosa a la hora de referirse a los tutores como ladrones que “*rem pupilli furati*”, pues posiblemente con estas palabras no pretendía señalar que los tutores perseguidos con la *actio rationibus distrahendis* hubieran cometido propiamente un delito de hurto, sino que esta acción se ejercitaba para sancionar comportamientos que consistían en sustracciones o pequeños hurtos en el patrimonio pupilar²⁵.

Esos comportamientos compartían con el delito de hurto la necesidad de que se produjera una sustracción de alguna cosa ajena (*contrectatio rei*), realizada contra la voluntad del propietario (*invito domino*) y que generase algún tipo de aprovechamiento económico para el tutor (*lucri faciendi gratia*). Sin embargo, parece que de acuerdo con el testimonio de Paulo, únicamente se podría ejercitar la *actio furti* cuando además de cumplir con esos requisitos, el tutor actuaba con *animus furandi*.

Paulo, *8 ad Sab.*, D. 27.3.2 pr.: *Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. 1. Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollet.*

²⁵ A este respecto, VOICI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., p. 657 nt. 27, ha planteado la posibilidad de que esta falta de rigurosidad en la elección de los términos para referirse al objeto de nuestra acción pueda deberse a la tendencia abreviadora de los compiladores justinianos, que habrían resumido este fragmento para expresar su contenido original en el menor número de palabras.

Aunque desconocemos qué clase de intencionalidad diferenciaba la existencia de *animus furandi* en contraposición a la intencionalidad que motivaba al tutor a realizar otras sustracciones consideradas igualmente ilícitas²⁶, lo cierto es que conforme a esta interpretación parece que la *actio rationibus distrahendis* presentaba mayor alcance que la *actio furti* en cuanto que no solo permitía perseguir al tutor por los hurtos cometidos en el patrimonio pupilar, sino también por otros comportamientos en los que habiéndose constatado una sustracción no existía *animus furandi*.

Desde esta perspectiva se entiende que, según el testimonio que aporta Ulpiano, su maestro Papiniano considerase que el tutor que había interceptado dinero del pupilo respondiese también por la acción de hurto.

Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.22: *Hunc tamen tutorem, qui interceptit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait; qui etsi furti teneatur, hac actione conventus furti actione non liberatur.*

El propio Ulpiano parece ratificar esta misma idea cuando en sus comentarios a Sabino señala expresamente que si bien el tutor tenía reconocida la facultad de gestionar el patrimonio del pupilo, no podía en ningún caso apropiarse de sus bienes. Por lo tanto, si procedía a la sustracción de algún bien del pupilo mediando *animus furandi*, estaba cometiendo un hurto y podía ser perseguido mediante la *actio furti*.

Ulpiano, 41 ad Sab., D. 47.2.33: *Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur; et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. Sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. Quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.*

A tenor de la regulación expuesta en estos pasajes, se entiende que cuando se constataba cualquier clase de sustracción realizada en perjuicio del patrimonio pupilar el tutor podía ser perseguido a través de la *actio rationibus distrahendis*, quedando sin embargo reservada la *actio furti* para aquellos supuestos en los que la actuación del tutor se hubiera guiado, además, por el *animus furandi*. Cabe preguntarse entonces qué clase de sustracciones realizadas por el tutor no debían ser consideradas hurtos.

²⁶ VOICI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., p. 656 nt. 25.

Aunque no se han conservado fuentes que permitan mantener una posición irrefutable a este respecto, todo apunta a que se trataba de comportamientos protegidos por la consideración potestativa de la primera forma tutelar. Como hemos destacado reiteradamente a lo largo de nuestra investigación, la institución tutelar habría surgido como una “*vis ac potestas*” que correspondía a los sucesores hereditarios del pupilo, de forma que el tutor se consideraba *domini loco* del patrimonio pupilar²⁷.

Bajo esa premisa es posible que el tutor administrase los bienes pupilares como si realmente fuera el verdadero propietario de los mismos²⁸, circunstancia que facilitaba la posible sustracción o la utilización de los recursos del pupilo en beneficio del tutor, sin que esas actuaciones constituyeran técnicamente un delito de hurto. Por ese motivo, desde la ley de las XII Tablas se habría contemplado una acción contra aquellos tutores que obrando pérfidamente²⁹, independientemente de que cometieran un delito de hurto, realizaban sustracciones en perjuicio del patrimonio pupilar.

²⁷ Vid. *supra* capítulo IV apartado 4.4.

²⁸ En este sentido debemos interpretar las palabras de Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.3: *Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat; nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliatur.*

²⁹ Vid. *supra* Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1.

3.2. UNA ACCIÓN PENAL ESPECIAL

De acuerdo con las conclusiones obtenidas hasta este momento, sabemos que la *actio rationibus distrahendis* remontaba sus orígenes a la ley de las XII Tablas y estaba encaminada a exigir cierta responsabilidad a los tutores que cometieran actuaciones fraudulentas en perjuicio de sus pupilos. Por ese motivo, se puede afirmar que se trataba de una acción civil, pero al mismo tiempo presentaba naturaleza eminentemente penal, porque perseguía la imposición de una pena de carácter pecuniario como sanción contra aquellos tutores que actuaban fraudulentamente.

El primitivo sistema represivo romano aparece fundamentado sobre sanciones de naturaleza sacral y no será hasta finales del período monárquico, quizás debido a la influencia etrusca, cuando se perciba un claro proceso de secularización del Derecho³⁰. Progresivamente se tiende a reducir la influencia del elemento religioso en favor de una mayor intervención por parte de la autoridad laica romana. La publicación de la ley de las XII Tablas, aunque todavía mantiene disposiciones con evidentes rasgos religiosos, representa la superación de ese primitivo sistema de punición jurídico-sacral.

Como consecuencia de esa secularización, la legislación decenviral presenta una notable expansión en cuanto a la represión pública de ciertas conductas que hasta ese momento se sancionaban en el ámbito privado. De esta forma, las XII Tablas reafirman la persecución de algunos ilícitos tradicionalmente contemplados por las *leges regiae* o los *mores*³¹, al mismo tiempo que reconocen nuevas figuras penales relacionadas con una serie de actuaciones contra el sistema judicial³², contra la actividad agrícola³³, contra la seguridad pública³⁴ y, sobre todo, contra los intereses de los particulares.

³⁰ VOGLI, P., *Diritto sacro romano*, cit., pp. 99 ss.

³¹ A este respecto, diversas fuentes han dejado constancia de que la ley de las XII Tablas sancionaba el fraude cometido por el patrono en perjuicio de su cliente (XII Tab. 8.21), el homicidio involuntario (XII Tab. 8.24a), el hecho de pastar o cortar frutos en predios ajenos de manera furtiva (XII Tab. 8.24b) o la *proditio* en cualquiera de sus formas (XII Tab. 9.5).

³² Entre estos se cuentan la negativa a prestar testimonio (XII Tab. 8.22), el falso testimonio (XII Tab. 8.23), el acuerdo de una de las partes con el juez o árbitro (XII Tab. 9.3) y la consagración del objeto de la controversia con el fin de perjudicar a la otra parte (XII Tab. 12.4).

³³ Como hacer desaparecer mediante conjuros los frutos ajenos (Tabla VIII.8), el hecho de pastar o segar las mieses en predios ajenos por la noche (XII Tab. 8.9) o el incendiar premeditadamente la vivienda o la cosecha de trigo de otra persona (XII Tab. 8.10).

³⁴ Dentro de estas conductas se sancionaba a quien promoviese desórdenes nocturnos (XII Tab. 8.26) o enterrase o incinerase algún cadáver dentro de la ciudad (XII Tab. 10.1).

En relación con estos últimos supuestos, la legislación decenviral representa un punto de inflexión al trazar las bases de un verdadero sistema de composición legal que superase el régimen de composición voluntaria, que a su vez había venido a suplantar al antiguo sistema de la venganza privada³⁵. Dentro de estos nuevos ilícitos penales que vulneraban intereses de los particulares destacaban sobre todo la violencia física contra las personas³⁶ y diversos supuestos de hurto no flagrante.

Con respecto a esta última infracción, antiguamente se distinguía entre el *furtum manifestum*, que tenía lugar cuando el autor del hurto era sorprendido y aprehendido en el momento de la comisión del delito, al transportar la cosa hurtada o cuando esta cosa era hallada en su domicilio como resultado de un registro solemne³⁷, y el denominado *furtum nec manifestum*, que englobaba por exclusión todos aquellos supuestos de hurto en los que no se apreciaba flagrancia³⁸. La ley de las XII Tablas contemplaba sanciones bien diferenciadas para estos dos supuestos: mientras que el *furtum manifestus* era castigado con el azotamiento y posterior puesta a disposición de la víctima³⁹, para los sujetos condenados por *furtum nec manifestum* se establecía únicamente una pena pecuniaria por el doble del valor de la cosa sustraída⁴⁰.

Precisamente sobre la base de la regulación original del *furtum nec manifestum* se habrían plasmado en la ley de las XII Tablas otros supuestos de ilícitos penales, que también contemplaban una pena al *duplum*, como eran los casos del depositario infiel⁴¹ o las sustracciones fraudulentas realizadas por el tutor, conducta que estaba sancionada mediante la *actio rationibus distrahendis*. En todos estos supuestos se constataba que se había producido una sustracción cuantificable económicamente, pero naturalmente no se ha sorprendido al infractor en el momento de la comisión del delito.

³⁵ SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., p. 40.

³⁶ A este respecto, tenemos constancia de que las XII Tablas contemplaban la ley del talión para castigar a aquellos que hubieran mutilado a otro ciudadano romano (XII Tab. 8.2), pero imponían sin embargo una sanción pecuniaria de trescientos ases la ruptura de un hueso valiéndose de la propia mano o un bastón (XII Tab. 8.3), cuantía que se reducía a ciento cincuenta ases si la víctima era un esclavo y veinticinco ases si la lesión causada era menos grave (XII Tab. 8.4).

³⁷ Los requisitos para proceder al registro formal se detallan en Gai. 3.192 ss.

³⁸ Gai. 3.185: *Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus, intellegitur. Nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.*

³⁹ XII Tab. 8.14 (Gell., *Noct. Att.* 11.18.8).

⁴⁰ XII Tab. 8.16 (Gai. 3.190; Gell., *Noct. Att.* 11.18.15).

⁴¹ Como pone de manifiesto el contenido de la XII Tab. 8.19: *Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur* (Paul. *Sent.* 2.12.11; *Coll.* 10.7.11).

Aunque todos esos comportamientos fueron sancionados en las XII Tablas como conductas penales, sin embargo, no siempre resulta fácil determinar cuáles debían ser juzgados por el *populus* y cuáles eran perseguidos de forma privada. Sobre la base de esta distinción decenviral parece haberse establecido el germen de la clasificación que distinguía en época clásica entre delitos públicos, técnicamente denominados *crimina*, y delitos privados, que recibían la denominación de *delicta* o *maleficia*.

En relación a los *crimina*, se trataba actos legalmente tipificados como ilícitos que vulneraban valores considerados de naturaleza comunitaria o generaban un daño al conjunto de la sociedad. Dado que se trataba de conductas que afectaban a todos los ciudadanos romanos, la iniciativa para promover el proceso podía partir, en principio, de cualquier ciudadano que actuase en representación de la comunidad. La represión se realizaba a través de un procedimiento criminal que finalizaba con la imposición de una pena pública⁴², que podía ser de carácter corporal o patrimonial.

En contraposición a aquellos, los denominados *delicta* consistían en una serie de comportamientos ilícitos que sólo afectaban derechos de naturaleza privada, de manera que la infracción perjudicaba exclusivamente a sujetos particulares. Por este motivo, únicamente la persona agraviada estaba legitimada para personarse ante los tribunales con la finalidad de que, a través del procedimiento civil ordinario, el infractor fuera sancionado con una pena de carácter pecuniario⁴³.

De acuerdo con los rasgos que se conocen de la *actio rationibus distrahendis*, parece que puede afirmarse su carácter delictual. En este sentido, no sólo se trataba de una acción que perseguía ilícitos que vulneraban intereses privados, como eran las sustracciones del patrimonio pupilar cometidas por el tutor legítimo, sino que también sabemos que se imponían al condenado sanciones de carácter pecuniario por el doble del valor de los bienes que hubieran sido sustraídos.

⁴² En un principio, esta tarea se encomendaba a las personas que ostentasen los máximos poderes en la comunidad – es decir, el rey durante la monarquía o los cónsules en la primera etapa republicana –, pero posteriormente se decidió limitar esa amplísima capacidad sancionadora mediante la creación de una serie de tribunales populares que recibieron la denominación de *iudicia publica*, posibilitando así que fuese la propia comunidad popular la que emitiese el veredicto final en los supuestos con penas más graves. A este respecto, SANTALUCIA, B., *Studi di diritto penale romano* (Roma, 1994), pp. 65 ss.

⁴³ Originariamente la comisión de un delito se solucionaba mediante un sistema de venganza familiar, que con el tiempo fue sustituido por un sistema de composición convencional primero, y luego por un sistema de composición legal que decretaba la aceptación obligatoria de una pena pecuniaria.

En todo caso no cabe duda de que la *actio rationibus distrahendis* se considera una acción penal desde su primitiva articulación, rasgo que se mantiene en época clásica como pone de manifiesto un fragmento de Ulpiano.

Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.23: *Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.*

Como se puede observar, el jurista esgrime como principales argumentos que la *actio rationibus distrahendis* no solo era una acción perpetua, rasgo característico de las acciones civiles⁴⁴, sino que tampoco procedería contra los herederos del tutor, lo que concuerda con el carácter pasivamente intransmisible de las acciones penales⁴⁵. Ahora bien, este fragmento no aclaraba de qué tipo de acción penal se trataba, por lo que nos vemos obligados a analizar su relación con otros recursos procesales que parten de las mismas causas con el fin de desentrañar su verdadera naturaleza.

⁴⁴ Las acciones penales establecidas por el *ius civile* no estaban sujetas a un plazo extintivo, razón por la cual la doctrina tiende a considerar que se trataba de acciones perpetuas.

⁴⁵ Gai. 4.112: *Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus actoris huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.*

3.2.1. SOBRE SU POSIBLE ACUMULACIÓN CON LA *ACTIO FURTI*

Una vez precisado que a través de la *actio rationibus distrahendis* se perseguían todas aquellas sustracciones cometidas por el tutor en perjuicio del patrimonio pupilar y teniendo en cuenta la proximidad de estos comportamientos con el delito de hurto, cabe preguntarse acerca de su posible acumulación con la *actio furti*. Como es bien sabido, las acciones penales romanas solían caracterizarse por ser pasivamente intransmisibles, la noxalidad que permitía liberarse de la pena entregando el autor del delito al ofendido y la posibilidad de acumulación con otras acciones.

De acuerdo con las informaciones señaladas en los anteriores epígrafes⁴⁶, parece que la *actio rationibus distrahendis* se habría utilizado para perseguir toda clase de sustracciones cometidas por el tutor. Por tanto, cabe pensar que cuando se constataba un hurto pudiera ejercitarse de forma acumulativa con la *actio furti*, que como sabemos era la acción penal infamante que tenía a su disposición el legítimo propietario de una cosa mueble para dirigirse contra el ladrón de la misma.

En principio, parece que esa acumulación aparece reconocida de manera expresa en las fuentes jurisprudenciales romanas, aunque siempre en fragmentos procedentes de juristas de la época clásica tardía. A este respecto, debemos volver a traer a colación un fragmento de Ulpiano anteriormente mencionado de manera parcial.

Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.22: *Hunc tamen tutorem, qui interceptit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait; qui etsi furti teneatur, hac actione conventus furti actione non liberatur; nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes: nam et tutelae et furti obligatur.*

Como se puede observar, Ulpiano recupera la opinión de su maestro Papiniano para afirmar que si el tutor sustraía una cantidad de dinero perteneciente al pupilo, quedaba sujeto por la acción de hurto, de manera que aunque le demandase a través de la *actio rationibus distrahendis*, a pesar de que respondía por hurto, no se liberaba de la *actio furti*, pues la obligación de hurto y de tutela eran diferentes y, en consecuencia, el tutor quedaba obligado tanto por hurto como por tutela.

⁴⁶ *Vid. supra* capítulo VII apartado 3.1.

Esta misma solución aparece expresada, aunque en términos distintos, en otros dos fragmentos de Paulo a los que también hemos hecho alusión anteriormente.

Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2 pr.: *Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.*

Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.1: *Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollet. Sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo.*

De acuerdo con el testimonio de este jurista, únicamente podía ser sancionado con la *actio rationibus distrahendis* el tutor encargado de la administración tutelar que sustraía cosas del pupilo. Ahora bien, Paulo añade que si en esta sustracción hubiera mediado *animus furandi*, el tutor también quedaría obligado por el delito de hurto y, por lo tanto, respondería cumulativamente por ambas acciones. Sin embargo, no se puede asegurar que este fuera el contenido original del fragmento.

Pese a que esta posibilidad no parece haber sido contemplada por la doctrina⁴⁷, la hipótesis de la interpolación cobra sentido si se tiene en cuenta que la *actio rationibus distrahendis* presuponía el dolo del tutor que sustraía bienes del patrimonio pupilar. No resultaría concebible que estos supuestos pudieran resolverse con una condena sin que existiera cierto ánimo de lucro por parte del tutor que cometía la sustracción. Por tanto, no sería imposible que la frase “*Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur*” fuese una explicación agregada al original de Paulo.

Como hemos venido señalando, todo apunta a que el ilícito del tutor en este caso no se contemplase técnicamente como un hurto, de modo análogo a lo que sucedía con las sustracciones de la mujer en el patrimonio del marido, que no se contemplaban propiamente como hurto y que se sancionaban a través de la *actio rerum amotarum*⁴⁸. Por ese motivo, quizás Paulo sostuviera que si el tutor actuaba con un específico ánimo de hurto. Solo entonces procedería también contra él la *actio furti*.

⁴⁷ Nada dice al respecto VOCI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., págs. 655-657.

⁴⁸ En este sentido, la clave de la cuestión estriba en que la *actio rerum amotarum* no se concebía como una acción penal, sino como una acción reipersecutoria, circunstancia que no parece producirse en el caso de la *actio rationibus distrahendis*.

En todo caso, aunque los textos no resplandezcan precisamente por su claridad argumentativa, parece que al menos desde los juristas severianos se habría admitido la acumulación entre la *actio rationibus distrahendis* y la *actio furti*. Ahora bien, no puede descartarse que anteriormente no fuera así; es más, el hecho de que Ulpiano acuda al amparo de la opinión de su maestro da pie a pensar que Papiniano pudo haber sido el primer jurista que admitió esa acumulación, no habiendo sido aceptada tal posibilidad hasta ese momento. La información que proporcionan las fuentes es, en todo caso, tan escasa que nada nos atrevemos a sostener con seguridad.

En este sentido, quizá tenderíamos a compartir el parecer de Talamanca cuando advierte con toda cautela, según hemos visto en primer apartado de este capítulo, que “en época clásica la *actio rationibus distrahendis* parece concurrir - no está claro si electiva o cumulativamente - con la *actio furti*”.

3.2.2. SOBRE SU POSIBLE ACUMULACIÓN CON DOS ACCIONES REIPERSECUTORIAS: LA *ACTIO TUTELAE* Y LA *CONDICTIO FURTIVA*

Analizada la relación de la *actio rationibus distrahendis* con la *actio furti*, cabe preguntarse ahora sobre la posible acumulación con algunas acciones que nacían del mismo acto ilícito y se encaminaban a la restitución de la cosa o a la indemnización del daño causado. Como hemos señalado anteriormente, parece que desde la época antigua el *ius civile* se habría impuesto, a modo de regla general, la obligación de establecer un concurso cumulativo entre las acciones penales y las reipersecutorias que se derivasen de un mismo comportamiento ilícito⁴⁹.

En relación con la *actio rationibus distrahendis*, dado que indiscutiblemente se trataba de una acción penal ejercitable como consecuencia de una actuación fraudulenta por parte del tutor, parece razonable pensar que en principio podría haberse acumulado con una acción reipersecutoria como la *actio tutelae* en todos aquellos supuestos en que se hubiera constatado una mala administración tutelar y puede que con la denominada *condictio furtiva* en aquellos casos en que se constataba un hurto.

En relación con la *actio tutelae*, sabemos que originariamente fue introducida en el siglo II a.C. en el ámbito de la tutela dativa, pero que pronto se habría extendido al resto de tutelas. Se trataba de una acción civil de buena fe que se dirigía por parte del pupilo contra el tutor para reclamar la indemnización del perjuicio patrimonial causado por su administración negligente o dolosa⁵⁰ una vez terminada la tutela⁵¹. Presentaba, por tanto, naturaleza reipersecutoria, en cuanto que su objetivo era la devolución de los bienes administrados y el pago de indemnizaciones por los perjuicios sufridos en el patrimonio pupilar a causa de la mala gestión del tutor.

⁴⁹ VOGLI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., p. 655.

⁵⁰ Aunque históricamente se ha mantenido un intenso debate en torno a la naturaleza de las actuaciones sancionables a través de la *actio tutelae*, en la actualidad se admite que esta acción se utilizaba para perseguir tanto conductas dolosas como comportamientos negligentes del tutor en el desempeño de sus actividades administrativas. Cfr. TAFARO, S., *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. ricerche sulla responsabilità contrattuale*, vol. I (Bari, 1984), pp. 295 ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 414; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., pp. 662 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, cit., pp. 500 ss.; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 259; SCHILARDI, A., *Studi sulla tutela impuberum*, cit., pp. 83 ss.

⁵¹ El momento de ejercitar la *actio tutelae* comienza a partir de la finalización de la tutela, por lo que en muchas fuentes clásicas se hace referencia al pupilo que ha alcanzado la pubertad como el demandante ordinario en esta clase de procesos. A este respecto, *vid.* Gai. 1.191; Ulpiano, 35 *ad ed.*, D. 26.7.5.5; Escévol, 11 *dig.*, D. 26.7.58.1; Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.4 pr.

De acuerdo con estas premisas, cuando se constataban sustracciones efectuadas por el tutor en perjuicio del patrimonio pupilar cabe pensar que se podían acumular una acción reipersecutoria, como es la *actio tutelae*, con una acción penal, como es la *actio rationibus distrahendis*. Sin embargo, en un fragmento de los comentarios al Edicto de Ulpiano se afirma que en aquellos casos en que se hubiera ejercitado la *actio tutelae* no podía ejercitarse la *actio rationibus distrahendis* y viceversa.

Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.21: *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutela fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est.*

El texto comienza señalando que en la tutela hay una sola obligación, aunque nazcan dos acciones. Sin embargo, a continuación Ulpiano matiza que si se ejercita la *actio tutelae* no puede ejercitarse la *actio rationibus distrahendis*, pero si se ejercita esta última se consume la *actio tutelae* en lo que abarca la otra acción. De esta forma se pone de manifiesto que mientras el ejercicio de la *actio tutelae*, que presenta un contenido más amplio, extingue completamente la *actio rationibus distrahendis*, cuyo contenido es mucho más circunscrito, eso no sucede en el caso contrario, pues la *actio tutelae* no queda enteramente consumida por la *actio rationibus distrahendis*, sino tan solo dentro de los límites de una nueva reclamación de lo sustraído por el tutor.

Evidentemente una posibilidad eliminadora del problema sería interpretar que el texto estaría interpolado. Ciertamente se resolvería el problema, pero entonces habría que justificar la razón que habría fundamentado una intervención bajo-imperial o de los compiladores justinianos en ese sentido.

A pesar de que tradicionalmente parte de la doctrina ha sospechado sobre la genuinidad del fragmento, llegando a producirse durante la época del interpolacionismo crítico destacados pronunciamientos por parte de especialistas consumados en el ámbito del concurso de acciones⁵² o de la tutela⁵³, lo cierto es que como ha destacado Voci⁵⁴, desde un punto de vista acertado a nuestro modo de ver, la solución que propone Ulpiano es de una equidad tal que no puede ser excluida del texto.

⁵² LEVY, E., *Die Konkurrenz der Actionen und Personen*, vol. I (Berlín, 1918), p. 147.

⁵³ SOLAZZI, S., «Tra l'*actio rationibus distrahendis* e l'*actio tutelae*», reproducido en *Scritti di diritto romano*, vol. II, cit., p. 288.

⁵⁴ VOCI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., pp. 653 ss.

A nuestro juicio, resulta más plausible considerar a Ulpiano como autor original del texto íntegro. Por ese motivo, a continuación vamos a intentar arrojar algo de luz sobre las causas que posiblemente motivaron que Ulpiano interpretase que en este caso no se produciría la acumulación de acciones.

Nuestro punto de partida debe concentrarse en el testimonio de Ulpiano, que de manera incuestionable afirma que en estos supuestos solo existía una única obligación, pues asevera que “*In tutela ex una obligatione...*”, pero al mismo tiempo reconoce que nacen dos acciones: “*duas esse actiones constat*”. Y precisamente en esta constatación fundamenta la imposibilidad de acumular en estos casos la *actio rationibus distrahendis* con la *actio tutelae* y viceversa.

Sobre esta cuestión se ha ocupado con cierto detenimiento Voci⁵⁵, que al tratar de explicar el pensamiento de Ulpiano afirma que solo se contempla una *causa petendi*, la administración tutelar, y que se parte de un incumplimiento que, según el lenguaje moderno, podríamos llamar civil, pero que lleva a dos tipos de sanciones de naturaleza distinta: a través de la *actio rationibus distrahendis* se consigue una pena pecuniaria, mientras que con la *actio tutelae* se obtiene un resarcimiento.

De esta manera, el autor italiano concluye su análisis destacando que, a su forma de ver, la especialidad o particularidad de la *actio rationibus distrahendis* estribaría en que se trataba de una acción penal que nacía de un incumplimiento civil. A pesar de que su construcción resulta, desde nuestro punto de vista, bastante forzada, desde luego no puede negarse que es inteligente. Sin descartar que esta interpretación, consideramos sin embargo que es posible una explicación alternativa.

De acuerdo con lo que venimos sosteniendo a lo largo de este capítulo, sabemos que una acción reipersecutoria se acumula con una acción penal, pero no obstante, esta posibilidad solo se cumple cuando se trata de acciones penales que podríamos calificar como “puras” o “puramente penales”, pues la interpretación jurisprudencial sería muy diferente en otros casos. Basta solo con pensar en la *actio legis Aquiliae*, introducida por un plebiscito en torno al año 286 a.C., que vino a dotar de una regulación orgánica al daño patrimonial injustamente causado (*damnum iniura datum*).

⁵⁵ VOCI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., p. 654.

Se trata, por tanto, de una acción penal, pero que sin embargo no implica una condena al doble del daño causado, aunque tampoco al simple, pues no se busca el valor de la cosa, sino un valor máximo de la misma en un cierto tiempo anterior. El fin del resarcimiento del daño causado se manifiesta en la exclusión del efecto acumulativo propio de las acciones penales, es decir, la *actio legis Aquiliae* no se acumula con la reipersecutoria⁵⁶, pues se entiende que implica ya la indemnización.

En nuestro caso, la situación sería similar. La *actio rationibus distrahendis* es penal, naturaleza sobre lo que no cabría ninguna duda puesto que el propio Ulpiano así lo reconocía⁵⁷. Sin embargo, los juristas clásicos, cuando menos los tardo-clásicos, no debieron concebirla como puramente penal, y, por lo tanto, la actuación que se reprime en el tutor no sería estrictamente el delito de hurto. Ulpiano, interpretando que en el doble se contiene ya la indemnización, no admitiría la acumulación. Esta podría ser, pues, la interpretación más probable del texto.

Por último, debemos ocuparnos de la otra posible acumulación de nuestra acción con la *condictio furtiva*. Como es sabido, se trataba de la única acción reipersecutoria que podía emplearse en los supuestos de hurto de bienes consumibles. Pero al igual que sucedía con la *actio tutelae*, las fuentes clásicas rechazan la posibilidad de acumulación con la *actio rationibus distrahendis*. Así se desprende de las palabras de Trifonino cuando afirma que “*nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conductionis aut ipsam rem aut eius aestimationem*”⁵⁸.

Y en la misma línea se pronuncia, de forma incluso más expresa, Paulo en sus comentarios al *ius civile* de Sabino cuando señala que “*sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo*”⁵⁹.

⁵⁶ MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., pp. 506-509, considera gráficamente esta acción como “la meno penale delle azioni penali”, y señala de forma límpida que, a pesar de que los clásicos admitieron la naturaleza penal de la acción, también le otorgan una sustancial función reipersecutoria. Por ese motivo, cuando, según los principios de las acciones penales, por un mismo supuesto de daño la *actio legis Aquiliae* habría debido acumularse con la acción reipersecutoria, los juristas adoptan la interpretación oportuna para superar la posible acumulación, de manera que quien había sufrido el daño y había ejercitado la acción reipersecutoria no pudiera ya ejercitar la *actio legis Aquiliae*.

⁵⁷ Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.23.

⁵⁸ Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1.

⁵⁹ Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.1.

Aunque puede pensarse en la posibilidad de que se tratase de textos interpolados, lo cierto es que al no ser la *actio rationibus distrahendis* puramente penal, a diferencia de la *actio furti*, es explicable que en este caso los juristas, al menos los tardo-clásicos, no defiendan la acumulación con la *condictio furtiva*. La regulación resulta lógica y por eso no parece probable que se trate de textos alterados. En apoyo de este punto de vista, cabe señalar que el propio Paulo advertía que aunque la *actio rationibus distrahendis* fuera al doble, contenía ya la persecución del simple.

Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.2: *Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.*

4. PROCEDIMIENTO DE LA *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS*

4.1. ARTICULACIÓN ORIGINARIA CONFORME AL SISTEMA DE LAS *LEGIS ACTIONES*

Entre las escasas informaciones que se han conservado sobre la *actio rationibus distrahendis* no existe constancia de ninguna referencia en las fuentes que aluda al tipo de procedimiento a través del cual se sustanciaban los procesos. Sin embargo, dado que hemos señalado que el origen de la *actio rationibus distrahendis* se remontaba a la ley de las XII Tablas y presentaba naturaleza penal de carácter privado, lo más lógico pasa por suponer que originariamente los ilícitos perseguibles a través de nuestra acción se habrían sancionado a través de alguna de las *legis actiones* antiguas.

De acuerdo con el contenido en el libro IV de las *institutiones* de Gayo⁶⁰ se tiene constancia de que en la época republicana avanzada había cinco modos de litigar dentro del sistema procesal de las *legis actiones*. Por lo tanto, la cuestión radica en determinar cuál de estas se habría empleado para reclamar al tutor. A nuestro juicio, aunque sea verdad que las fuentes a nuestra disposición guardan silencio absoluto, no puede ser sino una, por las razones que se señalan a continuación.

La *legis actio per sacramentum in rem* resulta se empleaba con el fin de afirmar la existencia de un poder jurídicamente reconocido sobre un bien. Al tratarse de una acción real debe ser descartada de modo absoluto, ya que la *legis actio* que buscamos presenta naturaleza evidentemente personal. Por tanto, la *legis actio per sacramentum in rem* no podría ni ser tomada en consideración a estos efectos.

La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* debe desecharse asimismo de manera absoluta, pues a través de las *institutiones* de Gayo⁶¹ se conocen los supuestos en que cabía ejercitar esa *legis actio*. Por un lado, servía para reclamar aquello que se debía en virtud de una promesa formal (*sponsio*). Por otra parte, también se utilizaba para reclamar la división de una herencia, aunque con el tiempo se habría terminado ampliando a reclamaciones de cualquier bien común. Evidentemente ninguno de estos supuestos podría haberse aplicado para casos de sustracciones fraudulentas realizadas por un tutor en perjuicio del patrimonio pupilar.

⁶⁰ Gai. 4.12: *Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem*. Cfr. Gai. 4.11-31.

⁶¹ Cfr. Gai. 4.17 a.

Menos aún podría pensarse en la *legis actio per condictioem*, pues aunque se hubiera utilizado para reclamar deudas de objetos determinados, sus orígenes son muy posteriores a la publicación de la ley de las XII Tablas. En este sentido, se conoce que habría sido instituida desde finales del siglo III a.C. a través de una *lex Silia* con el fin de facilitar la reclamación de deudas ciertas de dinero en un ámbito comercial creciente, y que en el siglo II a.C. se habría extendido a la reclamación de deudas de cualquier objeto determinado por una *lex Calpurnia*⁶².

Por otra parte, se hace imposible imaginar en este caso la existencia de un título ejecutivo que pudiera dar lugar a recursos como la *legis actio per manus iniectioem*⁶³, y menos aún a la *legis actio per pignoris capionem*⁶⁴. Se trata de acciones ejecutivas que pretendían asegurar coactivamente el cumplimiento de una sentencia condenatoria emitida en un previo juicio declarativo. Dado que precisamente lo que se pretendía en estos casos era determinar si el tutor había realizado alguna sustracción en perjuicio del patrimonio pupilar, no cabe pensar en medidas ejecutivas y, por tanto, también estas *legis actiones* deben ser descartadas.

En consecuencia, y ya de entrada por exclusión, únicamente cabría pensar en la *legis actio per sacramentum in personam*. Si bien es cierto que sobre ella casi nada puede asegurarse al resultar ilegible (por los inadecuados tratamientos utilizados en su momento para la lectura del palimpsesto veronés) el texto de las *institutiones* de Gayo⁶⁵, que por desgracia no ha sido completado a este respecto por el hallazgo de manuscritos posteriores, el ilícito que nos ocupa encajaría perfectamente en las aplicaciones que a esta *legis actio* se suelen atribuir por la doctrina más autorizada.

En efecto, según sostienen los principales expertos en esta materia⁶⁶, el origen de la *legis actio per sacramentum in personam* habría que buscarlo en el ámbito de ciertas

⁶² Cfr. Gai. 4.17 b-19.

⁶³ Cfr. Gai. 4.21-25.

⁶⁴ Cfr. Gai. 4.26 ss.

⁶⁵ En realidad, la única mención que se conserva de esta acción se encuentra recogida en la exposición general sobre la *legis actio per sacramentum in rem*, cuando en las *institutiones* de Gayo se afirma que “*deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur*”, lo que tradicionalmente se ha interpretado como una alusión directa a la pretendida *legis actio per sacramentum in personam*. Al margen de las noticias aportadas por Gayo, la otra fuente de información sobre la *legis actio per sacramentum in personam* se encuentra en unas fórmulas recogidas por Valerio Probo (*De litt. sing. gram.* 4.8).

⁶⁶ Sobre la *legis actio per sacramentum in personam* vid., por todos, con fuentes y literatura, KASER, M., y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 86 ss.

actuaciones delictuales en las que no existía flagrancia, y, en consecuencia, no se podía proceder de modo directo a través de la *manus iniectio*. Ante la imposibilidad de actuar directamente por vía ejecutiva ante el tutor que hubiera sustraído bienes del patrimonio pupilar de forma subrepticia, debemos asumir que se requería la intervención judicial para que se declarase ilícita la actuación cometida por el demandado, en este caso por el tutor, antes de hacer valer la acción ejecutiva.

Antiguamente el procedimiento habría comenzado con una declaración solemne ante el magistrado por parte del antiguo pupilo⁶⁷, que bajo su condición de demandante alegaría que el antiguo tutor le debía algo. Tras haber sido conminado, el demandado podría poner fin al litigio reconociendo lo debido o rechazar la alegación del expupilo. En este último caso, el magistrado constataría la confrontación entre ambas partes, a las que exigiría a comprometerse, en virtud de una declaración jurada o *sacramentum*, a depositar cierta cantidad de dinero en el erario público en el caso de que no lograsen probar el derecho afirmado. Una vez establecidos los fundamentos de la controversia, el procedimiento pasaría a la fase *apud iudicem*, donde tras recibir y apreciar las pruebas, el juez declararía qué *sacramentum* era justo o injusto y resolvería la controversia.

⁶⁷ Vid. *infra* capítulo VII apartado 7.

4.2. INCERTIDUMBRE SOBRE SU FÓRMULA EDICTAL

Como habíamos avanzado en el apartado anterior, resulta indiscutible, a tenor de las fuentes conservadas, que la fórmula de la *actio rationibus distrahendis*⁶⁸ figuraba en el Edicto pretorio junto a la fórmula de la *actio tutelae*. Ambos recursos procesales se encontrarían recogidos dentro del título *de tutelis*⁶⁹, que con toda probabilidad se habría articulado, precisamente debido a la presencia de la *actio tutelae*, como una especie de cierre edictal de los juicios de buena fe.

En este sentido, el título edictal XIX, *de bonae fidei iudiciis*⁷⁰, atraía al título XX, *de re uxoria*⁷¹, en el que figuraba, junto a otras acciones, la *actio rei uxoriae* de buena fe⁷², que a su vez atraía al título XXII *de tutelis*. Entre estos dos últimos se interponía el título XXI, *de liberis et de ventre*⁷³, cuya inmediata atracción por el título *de re uxoria* resulta muy explicable desde el punto de vista formal.

Con respecto a la *actio rationibus distrahendis*, Ulpiano trataba sobre ella en su libro 36 *ad Edictum*, en el que también lo hacía de la *actio* o *iudicium tutelae*. A tenor de los fragmentos que se han conservado en el Digesto, el jurista parece tratar primero de la *actio tutelae*, y por ello probablemente Lenel la antepone en su reconstrucción del Edicto pretorio a la *actio rationibus distrahendis*⁷⁴. No decimos que no pudiera ser así, pero al ser ésta una acción de origen histórico mucho más antiguo que la *actio tutelae*, tampoco tendría nada de extraño que hubiera figurado antepuesta a ella en el Edicto pretorio por motivos de tradición. Ya decimos, sin embargo, que esto último, a resultas de las fuentes, no parece lo más probable.

⁶⁸ Vid. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 320.

⁶⁹ Cfr. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 314 ss.

⁷⁰ Cfr. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 288 ss.

⁷¹ Cfr. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 302 ss.

⁷² Sobre ese carácter, vid. recientemente: PARICIO, J., *Sobre la fórmula de la “actio rei uxoriae”*, en *Status familiae. Festschrift Wacke* (Múnich, 2001) pp. 365 ss.; VARVARO, M., *Studi sulla restituzione della dote: I. La formula dell’“actio rei uxoriae”* (Turín, 2006).

⁷³ Cfr. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 311 ss.

⁷⁴ Entre las diversas reconstrucciones propuestas en torno a la posible redacción de la fórmula original de la *actio tutelae* destaca principalmente la versión propuesta por LENEL, O., *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 124, que siguiendo la línea de investigación trazada anteriormente por Rudorff propone la siguiente formulación: *Quod Numerius Negidius Auli Agerii tutelam gessit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex iure bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna si non paret absolve*.

Cfr. SCHILARDI, A. P., *Studi sulla tutela impuberum*, cit., pp. 23 ss.

Aunque hemos señalado que de la *actio rationibus distrahendis* trataba Ulpiano en el libro 36 de sus comentarios al Edicto, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no existe constancia de la misma a través de los textos jurisprudenciales conservados dónde la trataban otros juristas como Paulo, que presumiblemente se ocupaba de nuestra acción en el libro 37 *ad Edictum*; asimismo, es posible que de ella se ocupara Gayo en el libro 12 de su comentario al Edicto provincial; y con casi toda seguridad se aludía a nuestra acción en el libro 21 de los *digesta* de Juliano.

A pesar de que las certezas sobre la fórmula de nuestra acción no son excesivas, todavía existen algunos puntos de relativa firmeza. Ahora bien, dado que nada consta con respecto a su fórmula concreta, cuando eso sucede tal vez lo más prudente es no aventurarse a proponer fórmulas imaginarias, que a menudo no hacen sino provocar ulteriores discusiones doctrinales estériles.

Esta es la posición que ha adoptado la mayor parte de la doctrina, que en general tiende a evitar esta cuestión⁷⁵, no proponiendo ninguna reconstrucción de la fórmula⁷⁶ o incluso ni siquiera tomando en consideración la fórmula de esta acción⁷⁷.

En contraste con esta actitud cautelosa, el intento más destacado por reconstruir el tenor literal de la posible formulación edictal de la *actio rationibus distrahendis* se debe a Rudorff⁷⁸, quien propuso la siguiente redacción:

Iudex esto. Si paret N^m N^m, cum Aⁱ Aⁱ tutor esset, vas argenteum caelatum, pondo tot, ex bonis Aⁱ Aⁱ abstulisse, quanti ea res est, tantae pecuniae in duplum N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Ahora bien, como educadamente señaló Lenel, esta versión no se fundamentaba en ninguna base sólida y, para colmo, la concebía *in factum*, lo que resulta imposible de admitir, pues como ya hemos señalado en reiteradas ocasiones, la acción tenía carácter civil y presentaba una fórmula *in ius concepta*. Por lo demás, lo que sí parece seguro es que, a tenor de lo que se puede deducir de las fuentes, Rudorff llevaba razón cuando afirmaba que la *condemnatio* de la fórmula hacía referencia al *duplum*.

⁷⁵ Vid. VOCI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., pp. 651 ss.

⁷⁶ Vid. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 320.

⁷⁷ Vid. MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, 2ª ed. (Padua, 1999).

⁷⁸ Vid. RUDORFF, A. F., *De iuris dictione Edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt* (1869), reimpr., con presentación de Rafael Domingo (Pamplona, 1997), p. 132.

Así pues, con fundamento en cuanto se ha señalado ahora y a lo largo de las páginas que anteceden, respecto a la fórmula de la *actio rationibus distrahendis* podrían extraerse con cierta seguridad las siguientes conclusiones:

Por un lado, la fórmula tendría una *intentio in ius concepta*, que al ser personal contendría el término *oportere*. Aunque la prudencia aconseja no proponer nada sobre la concreta redacción de la *intentio*, no cabe duda de que esta debía ser *incerta* y que, de un modo u otro, se indicaría en ella al juez que debía examinar las *rationes*.

Por otra parte, puede afirmarse con cierto grado de certidumbre que al tratarse de una acción penal la *aestimatio* vendría redactada en tiempo pasado, es decir, se usaría “*quanti ea res fuit*”. En consecuencia, la valoración debía referirse al momento de la sustracción, y luego se contemplaría una referencia explícita al doble: *tantae pecuniae duplum iudex N^m N^m A^o A^o condemnato, si non paret absolvito*.

5. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCEDIMIENTO

Durante la época arcaica parece que la represión de la mayor parte de los actos ilícitos se realizaba en un ámbito estrictamente privado. Dada la trascendencia de los grupos familiares en la antigua sociedad romana no es de extrañar que las controversias de carácter privado se resolvieran en la esfera doméstica, de forma que la intervención de las autoridades públicas quedaba restringida a la persecución de ciertas actuaciones criminales que vulneraban los pilares de la convivencia en Roma.

Sin embargo, esta regulación no quiere decir que la represión penal se aplicase de una forma indiscriminada⁷⁹, sino que los propios particulares analizaban los hechos acaecidos para imponer una sanción acorde con las normas de carácter jurídico-religioso que informaban la vida de los ciudadanos romanos. Esta realidad se refleja claramente en el supuesto de los tutores que actuaban dolosamente en perjuicio de sus pupilos, pues en origen debían responder por sus comportamientos ante un *consilium domesticum* que tenía la facultad de imponerles una sanción de carácter sacramental.

A medida que la sociedad romana evoluciona en un sentido más individualista se percibe, no obstante, un creciente intervencionismo por parte de los poderes públicos en el ámbito jurídico penal. Como consecuencia del debilitamiento de los lazos de unión entre familiares comienza a articularse un verdadero sistema público de represión penal que contempla la persecución de todos aquellos actos considerados ilícitos a través de un reducido número de *legis actiones*.

Reflejo de esta nueva realidad es la aparición de la *actio rationibus distrahendis*, pues si en un primer momento las sustracciones fraudulentas realizadas por el tutor en perjuicio del patrimonio familiar se resolvían en el ámbito familiar como un supuesto de incumplimiento de la *fides*⁸⁰, todo apunta a que incluso con anterioridad a la publicación de la ley de las XII Tablas esa clase de controversias pasaron a tramitarse a través del sistema procesal de las *legis actiones* y en este caso, más concretamente, a través de la *legis actio per sacramentum in personam*.

⁷⁹ En relación con las competencias sancionatorias reconocidas en el seno de las antiguas comunidades domésticas, PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 26, destaca que “non si trattava, beninteso, di mera autodifesa privata, la quale si sarebbe risolta in anarchico e indiscriminato esercizio della violenza, bensì di forza privata in qualche modo incanalata nei binari del diritto”.

⁸⁰ *Vid. supra* capítulo VI apartado 3.3.

Desde tiempos remotos este procedimiento se habría articulado sobre la base de una bipartición procesal, en la que se distinguían dos fases claramente diferenciadas⁸¹.

La primera parte del proceso recaía sobre un magistrado dotado de potestad jurisdiccional, que conocía de la controversia, determinaba la naturaleza del derecho alegado y proveía el nombramiento del órgano encargado de sentenciar. Esta actividad no se limitaba al otorgamiento de la acción y el nombramiento del órgano judicial, sino que tenía más relevancia en el proceso. En este sentido, el contenido de la *iurisdictio* comprendía los llamados *tria verba sollemnia*⁸²: *do, dico, addico*. La labor principal del magistrado, representada en el *dare*, se completaba con la función de realizar todas las declaraciones necesarias con el fin de asegurar la buena marcha del litigio (*dicere*) y la posibilidad de atribuir derechos constitutivos en favor de las partes (*addicere*).

De este modo, el contenido de la *iurisdictio*⁸³ hacía referencia a todos los actos realizados por el magistrado para establecer las premisas necesarias sobre las que

⁸¹ Aunque el origen de esta bipartición procesal ha sido objeto de numerosos debates, la mayor parte de la doctrina actual se manifiesta en contra de la teoría de una posible bipartición original del proceso privado. En esta línea se pronuncian, entre otros autores, WLASSAK, M., *Zum römischen Provinzialprozess* (Viena, 1919), p. 12 nt. 3; ID., *Die klassische Prozessformel* (Viena, 1924), pp. 147 ss.; KASER, M., *Zum Ursprung*, cit., (Mónaco, 1944) 1, p. 107 ss.; LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana, I. Esercizio dei diritti e difesa privata* (Bologna, 1946), pp. 106 ss.; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano, I. Le "legis actiones"* (Roma, 1962), pp. 78 ss.; BISCARDI, A., «L'unità del processo nella esperienza giuridica romana», en *BIDR*, 65 (1962), pp. 31 ss.

En general, se tiende a considerar que si bien autoridad jurisdiccional, encarnada en la figura del rey durante la monarquía y posteriormente en los magistrados durante la etapa republicana, tenía la facultad de delegar la resolución de las controversias en un tercero, esta división procesal solo habría adquirido carácter preceptivo a partir de la consolidación del proceso civil.

No obstante, para conocer las distintas teorías sobre el origen de la bipartición y la configuración del proceso antes de la misma, resultan especialmente ilustrativos DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano* (Padua, 1937), pp. 41 ss.; APARICI DIAZ, J., *La bipartición del proceso civil romano* (Sevilla, 1946); WENGER, L., «Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 47 ss.; BROGGINI, G., «Der Ursprung der römischen "iurisdictio"», en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 75 (1956), pp. 333 ss.; FUENTESECA, P., «Las "legis actiones" como etapas del proceso romano», en *AHDE*, 34 (1964), pp. 209 ss.; SANTORO, R., «Potere ed azione nell'antico diritto romano», en *AUPA*, 30 (1967), pp. 556 ss.; NICOSIA, G., *Il processo privato romano, I. Le origini* (Turín, 1986), pp. 93 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, pp. 274 ss.

⁸² LAURIA, M., «*Iurisdictio*», en *Studi in memori de P. Bonfante*, 11 (Milán, 1930), p. 52.

⁸³ A pesar de que la doctrina ha dedicado numerosos esfuerzos para determinar el contenido concreto de la *iurisdictio*, resulta difícil delimitar su alcance. De acuerdo con la posición predominante, se trata de un concepto que evolucionó en paralelo a la bipartición procesal. De esta forma, PUGLIESE, G., *Il processo civile romano I*, cit., pp. 155 ss., explica que originariamente la expresión "*ius dicere*", de la que procede "*iurisdictio*", se aplicaba para referirse tanto a las actividades procesales del magistrado como a las del juez. Y con el paso del tiempo, la labor del magistrado pasaría a definirse con el término "*iurisdictio*", mientras que para referirse al trabajo del juez se usaba la expresión "*iudicare*".

sustentar la decisión del órgano judicial acerca de la controversia⁸⁴. En el procedimiento de las *legis actiones*, las partes formulaban, de acuerdo con un ritual solemne⁸⁵, todas sus alegaciones ante el pretor y testimoniaban acerca de lo ocurrido ante testigos, de forma que quedase constituida la relación jurídica procesal en la *litis contestatio*.

Una vez asentadas las bases de la controversia, el proceso quedaba en manos del órgano judicial (*iudicatio*). Como norma general, la facultad de resolver la controversia correspondía antiguamente a individuos particulares libremente elegidos por las partes; sin embargo, en ciertos casos especiales actuaban órganos colegiados, cuyos miembros no siempre venían determinados por las partes.

En este sentido, además de la figura del juez, cabe señalar que durante la etapa republicana tuvieron competencia para dictar sentencia en juicios privados los árbitros, el tribunal de los *decemviri*, el tribunal de los *centumviri* o los llamados *recuperatores*. Sin embargo, ninguno de ellos parece que se hubiera ocupado de las controversias que se generaban a partir de la *actio rationibus distrahendis*.

Con respecto al árbitro, sabemos que mientras que los jueces debían sujetarse de forma estricta al ordenamiento jurídico, la figura del árbitro se caracterizaba por gozar de una mayor flexibilidad a la hora de emitir su resolución⁸⁶. Por ese motivo, parece que a estos últimos se les habrían encomendado aquellos litigios consistentes en la división de bienes, herencias o sociedades, y es posible que también intervinieran para trazar los confines entre fundos cuando estos resultaran imprecisos. Por el contrario, determinar cuándo un *sacramentum* era *iustum* o *iniustum* no requería de tanta discrecionalidad y, por tanto, se encomendaba tradicionalmente a los jueces.

⁸⁴ GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955), p. 173, expuso por primera vez la teoría de que la *iurisdictio* no podía entenderse como una simple indicación técnica del Derecho aplicable, sino que el magistrado jurisdiccional realizaba una indicación vinculante del procedimiento que debe seguir el órgano judicial posteriormente.

⁸⁵ Las partes debían formular sus alegaciones de acuerdo a una serie de formalidades, que exigían realizar con precisión un conjunto de ritos solemnes, hasta el punto de que un mínimo error podía constituir la pérdida del litigio. A este respecto, en las instituciones de Gayo todavía se recordaba el famoso ejemplo del demandante que pierde el pleito al utilizar el término “*vites*” en lugar de “*arbores*” para reclamar que sus cepas habían sido cortadas (Gai. 4.11).

⁸⁶ A este respecto resulta sumamente ilustrativa la explicación de Cicerón en torno a la distinta forma de aplicar el derecho entre árbitros y jueces: *Quid est in iudicio? Drectum, asperum, simplex (...) Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantvm aeqvvs et melivs sit dari (pro Roscio com. 4.11)*. Como se puede observar, el arpinate distingue claramente entre la actuación directa y objetiva del juez, en contraposición a la subjetividad y capacidad de modulación que ostenta el árbitro.

También por motivos de competencia debe descartarse la posibilidad de que esta clase de procesos recayeran en manos del tribunal de los *decemviri* o de los *centumviri*. Originariamente los primeros solo se habrían ocupado de controversias relacionadas con el *status libertatis* de los ciudadanos romanos⁸⁷, mientras que a los *centumviri* se les habría encomendado resolver todos aquellos litigios que, de forma incidental o directa, versasen sobre cuestiones hereditarias⁸⁸.

A pesar de que el nombramiento de tutor estaba estrechamente relacionado con el ámbito sucesorio, no parece que las sustracciones del patrimonio pupilar constatadas una vez finalizada la tutela pudieran afectar, ni siquiera de manera incidental, al ámbito de las sucesiones hereditarias. Por lo demás, el tribunal de los *centumviri* parece haber surgido muy posteriormente al origen de nuestra acción y ni siquiera tenía competencia exclusiva en esa materia, pues tan solo se ocupaba de los juicios desarrollados en Roma y en los que al menos tomase parte un ciudadano romano⁸⁹.

En relación con los *recuperatores*, es comúnmente conocido que se trataba de un órgano colegiado compuesto por tres o cinco miembros que se habría establecido desde época muy antigua para conocer de aquellas controversias en las que intervenía algún extranjero y, en consecuencia, no podía plantearse un litigio conforme al procedimiento de las antiguas *legis actiones*⁹⁰. De acuerdo con el testimonio de Festo⁹¹, se habrían ocupado de resolver principalmente los litigios derivados de conflictos entre diferentes entidades políticas y, solo posteriormente, habrían asumido ciertas competencias en otras materias, como la *causa liberalis* en el ámbito civil o la *actio in iniuriarum* en la esfera penal. Carecían, por tanto, de cualquier facultad en asuntos tutelares.

⁸⁷ De acuerdo con la interpretación de GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri* (Milán, 2002), pp. 5 ss., los *decemviri* habrían compatibilizado esa función con la presidencia de las comisiones judiciales del tribunal de los *centumviri* hasta la publicación de las *leges Iuliae*. A partir de ese momento abandonan cualquier función judicial, aunque se mantienen como magistrados. Desde entonces sus competencias se habrían limitado al *cogere centumviros*, que comprendía hacerse cargo de las materias relacionadas con el nombramiento de los *centumviri* y prestar ayuda al *praetor hastarius* cuando se encargaba de presidir las comisiones del tribunal de los *centumviri*.

⁸⁸ Con respecto al tribunal de los *centumviri*, vid. capítulo VIII apartado 5.4.2.

⁸⁹ GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri*, cit., pp. 123 ss.

⁹⁰ Sobre la competencia original de los *recuperatores* en asuntos internacionales, vid. BONGERT, Y., «Recherches sur la *reciperatio* internationale», en *Studi Albertario*, 2 (1953), pp. 315-343.

⁹¹ Fest., s. v. *reciperatio* (342 L.): *Reciperatio est, ut ait gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo por reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatea inter se persequantur*.

Descartada la posibilidad de que los procesos de la *actio rationibus distrahendis* pudieran resolverse ante un árbitro, el tribunal de los *decemviri* o los *centumviri*, o ante los *recuperatores*, por puro descarte debemos asumir que esta clase de controversias se solventaban en presencia de un juez privado. La designación de esta figura concuerda perfectamente con el tipo de controversia, pues aparte de que los jueces ostentaron la competencia general de los procesos privados hasta bien avanzada la época imperial, no cabe duda de que la *legis actio per sacramentum*, en cualquiera de sus variantes, debía desarrollarse ante una instancia propiamente judicial.

Por lo tanto, una vez finalizada la fase *in iure* se procedía a la elección del juez en el plazo de treinta días. Los litigantes podían escoger como juez a cualquier persona que cumpliera los requisitos legalmente establecidos, aunque en caso de que no llegasen a un acuerdo se acudía al *album iudicum* para designar al juez a través de un sistema de recusaciones en forma alternativa⁹². La persona escogida debía prestar un juramento en el que se comprometía a resolver la controversia con arreglo a derecho, lo que en estos supuestos significaba determinar la absolución o condena del antiguo tutor que había sido demandado por realizar sustracciones en perjuicio del patrimonio pupilar.

⁹² Con respecto a la elección, naturaleza y funciones del juez privado en Roma, *vid.* GAROFALO, L., *Il giudice privato nel processo civile romano*, vols. I y II (Padua, 2012).

6. CONTRA QUIÉNES SE DIRIGE LA *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS*

6.1. *RATIONIBUS DISTRAHENDIS ACTIONE TENENTUR OMNES TUTORES*

Siguiendo con los aspectos procedimentales, pasamos ahora a ocuparnos de los tipos de tutores contra los que podía dirigirse esta acción. A este respecto contamos con un valioso testimonio de Ulpiano en el que afirma que la *actio rationibus distrahendis* podía ejercitarse contra toda clase de tutores.

Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.3.1.19: *Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt et gerunt tutelam.*

De acuerdo con el tenor literal del fragmento, la condición de legitimado pasivo tan solo requería haber ocupado el cargo de tutor, en cualquiera de sus modalidades, y haberse encargado de las funciones de administración del patrimonio pupilar. Una vez que se cumplía con estos dos requisitos, si se constataba algún tipo de sustracción o malversación de los bienes del pupilo, cualquier clase de tutor podía ser demandado a través de la *actio rationibus distrahendis*. El amplísimo alcance de esta acción parece confirmarse merced al fragmento de Paulo en que afirmaba que podían ser sancionados a través de esta acción los tutores, sin especificar ninguna clase de tutela, que hubieran cometido alguna sustracción durante la administración tutelar⁹³.

A pesar de que los testimonios de estos dos juristas tardoclásicos se muestran coincidentes en cuánto al alcance de la aplicación de la *actio rationibus distrahendis*, no termina de resultar ni mucho menos evidente que esta acción pudiera dirigirse contra toda clase de tutores desde sus orígenes. En este sentido, buena parte de la doctrina⁹⁴ considera que se trataba de un recurso procesal asociado inicialmente a la tutela legítima y que solo posteriormente se habría extendido al resto de tutelas.

⁹³ Vid. *supra* Paulo, *8 ad Sab.*, D. 27.3.2 pr.

⁹⁴ Entre las principales aportaciones doctrinales, *vid.* SOLAZZI, S., «Sull'*actio rationibus distrahendis*», en *RIL*, 50 (1917), pp. 178 ss. (= *Scritti* 2, cit., pp. 201 ss.); BONFANTE, P., *Corso I*, cit., p. 618; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 496; BIONDI, B., *Istituzioni*, cit., pp. 614 ss.; GUARINO, A., *Diritto privato*, cit., p. 616; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 112 ss.; SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società*, cit., p. 312; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone*, cit., p. 89. Con evidentes dudas sobre su extensión en época clásica, KASER, M., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 364 señala que “ob man sie schon in klassischer Zeit auf den –unabsetzbaren – gesetzlichen und auf den magistratischen Tutor erstreckt hat, ist fraglich”.

Las dudas en torno a esta cuestión surgen como consecuencia de la enrevesada formulación de Ulpiano en el primero de los fragmentos a los que hemos hecho alusión en el presente apartado. Aunque el sentido de su afirmación resulta evidente, no deja de sorprender que para reconocer la legitimación pasiva de todos los tutores articulase el texto destacando que no solo los tutores legítimos, sino que toda clase de tutores estaban obligados por la *actio rationibus distrahendis*.

De esta forma, se enfatizaba de manera aparentemente innecesaria a los tutores legítimos, cuando en realidad hubiera bastado con afirmar simplemente que la acción podía ejercitarse contra toda clase de tutores. Esta enrevesada construcción lingüística puede responder al hecho de que en un primer momento la *actio rationibus distrahendis* se habría dirigido exclusivamente contra los tutores legítimos y solo con el paso del tiempo se habría extendido al resto de tutores.

Si bien prácticamente toda la doctrina se muestra unánime en esta evolución⁹⁵, todavía se discute intensamente sobre el momento preciso en que se habría producido esa expansión a otros tipos de tutela. En este sentido, muchos autores consideran que la redacción original solo se refería a los tutores legítimos⁹⁶, mientras que la formulación que ha llegado hasta nuestros días sería el resultado de sucesivas modificaciones de los postclásicos que buscaban adaptar el texto a la nueva ordenación jurídica. De acuerdo con esta hipótesis, durante la época clásica la *actio rationibus distrahendis* solo podría haberse ejercitado contra los tutores legítimos⁹⁷.

Desde nuestro punto de vista, no existen, sin embargo, verdaderas razones de peso para sospechar sobre la genuinidad del testimonio de Ulpiano. Aunque hemos reconocido que se trataba de una formulación ciertamente enrevesada, es posible que el fragmento hubiera sido redactado en esos términos por el propio jurista severiano. Como punto de apoyo de nuestra interpretación debemos volver a destacar la evolución histórica de la institución tutelar a la que hemos venido haciendo referencia.

⁹⁵ No obstante, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 504 nt. 380, ha mostrado su disconformidad con la concepción dominante en la doctrina al afirmar que “e’ improbabile la congettura – basata su D. 27.3.1.19 (larghi squarci dell’originario contesto, da D. 27.3.1 pr. in poi, sono stati soppressi dai compilatori) – d’una originaria applicabilità solo ai tutori legittimi”.

⁹⁶ SOLAZZI, S., *Sull’actio rationibus distrahendis*, cit., p. 178, afirma que “i tutori legittimi non sarebbero indicati nominativamente rimpetto a tutti gli altri, se non fossero stati nel testo genuino di Ulpiano i soli passibili dell’azione decemvirale”.

⁹⁷ *Vid. supra* nota 94 de este apartado.

De acuerdo con la evolución que hemos venido trazando en torno a la institución tutelar, la primera y única modalidad de tutela conocida en la antigua Roma habría sido la tutela legítima, que se caracterizaba por concebirse como una *vis ac potestas*, es decir, que se articulaba como una verdadera potestad en favor de los intereses del tutor. Dado que la designación se realizaba de acuerdo con el orden de llamamientos impuesto para regular la antigua sucesión hereditaria, el cargo de tutor recaía necesariamente sobre alguno de los parientes pertenecientes a la familia del pupilo.

La naturaleza eminentemente potestativa de esta primera modalidad tutelar encontraba su fundamento en la necesidad de perpetuar la familia en el tiempo, objetivo que estaba representado en la obligación general de procurar una adecuada gestión de los bienes que componían el patrimonio pupilar. Ahora bien, como el tutor ostentaba la condición de sucesor hereditario del pupilo se consideraba que, en cierto sentido, todos esos bienes le pertenecían⁹⁸ y, en consecuencia, se confiaba en que sus actuaciones estuvieran encaminadas a la conservación o incremento de un patrimonio que en algún momento podía llegar estar bajo su dominio efectivo.

Los rasgos característicos de esta primera modalidad tutelar nos llevan a pensar que originariamente se habría contemplado un único régimen jurídico verdaderamente flexible para el tutor, que muy posiblemente no estuviera obligado a desempeñar unas funciones concretas y solo respondiese en caso de vulnerar los más elementales principios que informaban la *fides* exigible a su cargo. Precisamente esta ordenación jurídica sería la que habría quedado plasmada en la ley de las XII Tablas.

Sin embargo, esta situación sufriría una importante transformación a partir de la época postdecenviral con la aparición de la denominada tutela testamentaria. Frente al carácter eminentemente potestativo de la tutela legítima, esta nueva forma de tutela se caracterizaba por combinar rasgos tradicionales de la tutela con una cierta funcionalidad asistencial en defensa de los intereses de los pupilos. Por ese motivo, la designación del tutor no se determina ya en base a criterios hereditarios, sino que cada *pater familias* nombraba como tutor testamentario a quien considerase más fiable para hacerse cargo de los asuntos patrimoniales del menor impúber.

⁹⁸ En este sentido, debemos recordar que diversas fuentes jurídicas se refieren al tutor como *domini loco* del patrimonio pupilar. Cfr. Paulo, 7 *ad Plaut.*, D. 26.7.27; Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.3; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.24.11.7; Juliano, 22 *dig.*, D. 47.2.57.4; Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 50.17.157.

Como consecuencia de esta nueva funcionalidad, el cargo de tutor testamentario pasa a concebirse como un *officium*⁹⁹ que requiere el desempeño de diversas funciones y, consecuentemente, acarrea mayores responsabilidades. Dado que ahora no se trataba de un cargo inamovible, el tutor podía ser removido a través de la *accusatio suspecti tutoris* cuando se constatasen comportamientos fraudulentos o incluso en el caso de que se advirtiera cierta desidia en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, no resulta nada evidente que pudiera ser demandado mediante la *actio rationibus distrahendis*, pues tenemos constancia de que esta acción se empleaba cuando se detectaba algún tipo de malversación una vez finalizada la tutela legítima. El motivo de esta limitación no resulta claro, pero quizás pueda encontrarse en el hecho de que mientras que el tutor legítimo actuaba *domini loco*, pues administraba unos bienes que en cierto sentido le pertenecían al formar parte de la familia del pupilo, el tutor testamentario nunca habría ostentado esa condición. Sobre la base de esa distinción cabe pensar que los antiguos romanos habrían distinguido entre la acción de sustraer y la acción de hurtar bienes del patrimonio pupilar.

De acuerdo con los testimonios de Paulo, anteriormente expuestos, sabemos que este jurista afirmaba que la causa que justificaba el ejercicio de la *actio rationibus distrahendis* era la sustracción de algún bien del pupilo por parte del tutor encargado de la administración del patrimonio pupilar¹⁰⁰. De esta forma ponía de manifiesto que esta acción solo podía ejercitarse cuando se hubiera constatado que la sustracción había sido realizada por el antiguo tutor en perjuicio del patrimonio pupilar. No obstante, en el siguiente fragmento Paulo matizaba que esas sustracciones se realizaban con *animus furandi*¹⁰¹ también podían perseguirse a través de la *actio furti*¹⁰².

⁹⁹ Vid. *supra* Gell., *Noct. Att.* 5.13.5.

¹⁰⁰ Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2 pr.: *Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.*

¹⁰¹ Cabe destacar que Gayo afirma que “*furtum enim sine affectu furandi non committitur*” (Gai. 2.50; Gayo, 2 *inst.*, D. 41.3.37 pr.). Sobre el requisito del *animus furandi*, cfr. ALBERTARIO, E., «*Animus furandi*: contributo alla dottrina del furto nel diritto romano e nel diritto bizantino», en *Studi di Diritto romano*, 3 (Milán, 1936), pp. 209 ss.; THOMAS, J. A C., «*Animus furandi*», en *Iura*, 19 (1968), pp. 1 ss.; PUGSLEY, D., «*Animus furandi*», en *Sodalitas A. Guarino*, 5 (Nápoles, 1984), pp. 2419 ss.; GUARINO, A., «*Il furtum nelle XII Tavole*», en *Pagine di diritto romano* (Nápoles, 1994), pp. 180 ss.; PEPPE, L., *Ricerche sul furto nelle XII Tavole en el diritto attico* (Milán, 2004).

¹⁰² Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.1: *Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollet. Sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo.*

Más allá de la posible acumulación entre estos dos recursos procesales¹⁰³, resulta determinante la frontera delineada por el jurista entre las actuaciones calificadas como simples sustracciones en contraposición a los verdaderos hurtos. En realidad parece que esta distinción trataba de diferenciar entre sustracciones fundamentadas en la propiedad funcional que ostentaba el tutor y malversaciones que, por el contrario, comportaban un verdadero delito de hurto. Mientras que en los primeros supuestos se habría aplicado la *actio rationibus distrahendis* al no percibirse *animus furandi*, estos últimos habrían sido perseguidos mediante la *actio furti*.

De esta forma, tradicionalmente se habría distinguido entre sustracciones ilícitas malintencionadas que podían ser llevadas a cabo por cualquier clase de tutor frente a otras sustracciones que únicamente podían realizar los tutores legítimos. Ahora bien, cabe entonces preguntarse bajo qué circunstancias podrían desarrollarse estas últimas malversaciones. Esta clase de conductas únicamente habrían podido producirse cuando los patrimonios del pupilo y del tutor se encontraban tan cercanos que podría llegar a producirse una cierta confusión que diera como resultado la incorporación de un bien del pupilo en el patrimonio del tutor, es decir, en aquellos supuestos en los que el tutor legítimo gestionase *domini loco* los bienes del pupilo.

Evidentemente resulta mucho más sencillo imaginar que estas situaciones se hubieran podido producir en el contexto de la tutela legítima, pues no solo se concebía el cargo como una verdadera potestad en favor del tutor, sino que este pertenecía a la propia familia del pupilo y cabe suponer que podría haber utilizado sus bienes como si todavía formasen parte del patrimonio doméstico. En ese contexto, resulta razonable pensar que cuando finalizase la tutela, el tutor pudiera haberse quedado con algunos bienes que en realidad formaban parte del patrimonio pupilar.

Por el contrario, difícilmente puede imaginarse que un tutor testamentario pudiera realizar una sustracción sin que mediara *animus furandi*, pues generalmente ese cargo correspondía a una persona extraña al grupo familiar que, en principio, no tenía expectativas de suceder al pupilo. En estos casos, cualquier comportamiento fraudulento encaminado a apoderarse de bienes del patrimonio pupilar no se perseguirían a través de la *actio rationibus distrahendis*, sino que se ejercitaría la *actio furti*.

¹⁰³ Vid. *supra* capítulo VII apartado 3.2.1.

Como consecuencia de la aparición de esta nueva modalidad tutelar se habrían establecido dos regímenes jurídicos distintos en relación con la responsabilidad tutelar: por un lado, se mantenía la inamovilidad del tutor legítimo, que posiblemente solo podía ser apartado de la administración y, una vez finalizada la tutela, sancionado a través de la *actio rationibus distrahendis*; por otra parte, se reconocía la posibilidad tanto de remover del cargo al tutor testamentario acusado como sospechoso, como de perseguir cualquier sustracción del patrimonio pupilar mediante la *actio furti*. Sin embargo, contra este tutor no cabía ejercitar la *actio rationibus distrahendis*.

Ahora bien, las fuentes que se conservan no reflejan esta diferenciación porque proceden, cuando menos, de la época clásica. En este sentido, cabe recordar que a partir del siglo III a.C. comienza a percibirse un paulatino, pero incesante, intervencionismo por parte de las autoridades públicas en el ámbito de la tutela¹⁰⁴, lo que con el tiempo cristalizaría en la unificación de los tres grandes regímenes jurídicos que ordenaban la regulación de las tres *species tutelarum*.

Este proceso resulta especialmente perceptible a partir del Principado, momento en que se hace más patente la creciente intervención de los poderes públicos en asuntos de índole privada. En el contexto de la responsabilidad tutelar, esta transformación se plasma principalmente en la aplicación extensiva de la *actio tutelae*, originariamente circunscrita a la tutela dativa, al resto de forma tutelares. No obstante, al mismo tiempo también se tiende a reconocer la aplicabilidad general de otros recursos procesales como la *actio rationibus distrahendis* o la *accusatio suspecti tutoris*.

Una vez expuesta esta reconstrucción histórica de la evolución de la tutela desde sus orígenes hasta la unificación de la época clásica, consideramos que la redacción que se conserva del fragmento de Ulpiano puede ser la redacción original. A pesar de que hemos destacado que el jurista emplea una enrevesada formulación para reconocer la posibilidad de ejercitar la *actio rationibus distrahendis* contra toda clase de tutores, lo cierto es que es posible que lo hiciera de forma premeditada. Dado que parece que en un primer momento esta acción solo se habría podido ejercitar contra los tutores legítimos, puede que Ulpiano quisiera poner de manifiesto que, a diferencia de lo que establecía la ordenación jurídica tradicional, en su tiempo la *actio rationibus distrahendis* no solo se ejercitaba contra los tutores legítimos, sino contra todos los tutores.

¹⁰⁴ Vid. *supra* capítulo VI apartado 1.4.

Por último, cabría destacar que en consonancia con su naturaleza penal¹⁰⁵, el propio Ulpiano destacaba que esta acción no podía ejercitarse contra el heredero o el resto de sucesores de cualquiera de los tutores.

Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.3.1.23: *Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.*

¹⁰⁵ *Vid. supra* capítulo VII apartado 3.2.

6.2. PLURALIDAD DE TUTORES: *SI IPSI TUTORES REM PUPILLI FURATI SUNT*

Una vez analizado contra qué tutores podía ejercitarse nuestra acción, debemos ocuparnos de la posibilidad de que existiera una pluralidad de tutores. A este respecto, el jurista Claudio Trifonino presenta un interesante supuesto con no parca justificación de la solución adoptada. Aunque ya nos hemos referido con anterioridad a este texto cuando hemos examinado el origen de la *actio rationibus distrahendis*, ahora nos vamos a detener en él desde el punto de vista sustancial.

Trifonino, 14 disput., D. 26.7.55.1: *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur. Et quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est, sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere. Nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.*

De acuerdo con su testimonio, si varios tutores (tres por el contexto¹⁰⁶) hurtan algo del patrimonio del pupilo, hay que ver si la *actio rationibus distrahendis* procede cumulativamente contra cada uno de ellos o si el hecho de que uno de ellos haya pagado el doble excluye el ejercicio de la acción contra los demás. De acuerdo con Trifonino, cuando existía una pluralidad de ladrones de la misma cosa no había modo de evitar la pena por el hecho de que otro de los tutores hubiera pagado, y, por tanto, cada uno debía pagar el doble. Sin embargo, señala que al tratarse de tutores, dada su condición de administradores, se entiende que no tanto se apoderan de la cosa contra la voluntad de su dueño (es decir, se niega la *contrectatio*, como elemento esencial del hurto), sino que más bien se consideraba que actuaban pérfidamente. Concluye señalando que el tutor no responde por el doble con esta acción y luego puede reclamársele la cosa misma o su estimación, como si fuera por una especie de *condictio (furtiva)*.

¹⁰⁶ Trifonino, 14 disput., D. 26.7.55 pr.: *Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit: quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur. Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur.*

Tras haber analizado con calma el texto, se observa que existen al menos dos interpretaciones posibles¹⁰⁷, ninguna de las cuales puede ser excluida por completo, si bien la segunda parece tener mayores visos de verosimilitud.

Una primera interpretación pasa por considerar que Trifonino hubiera excluido el hurto del tutor, es decir, que se entendiera que técnicamente los tutores no habían hurtado en sentido propio, sino que habían realizado meras sustracciones. En este caso el jurista estaría negando que existiera *contrectatio* por parte del tutor, lo que suponía apartarse del parecer de Papiniano, Ulpiano y Paulo, que sí admitían el hurto,

Suponiendo que se tratase de la interpretación correcta, estaríamos ante un caso de *ius controversum*, pues mientras unos juristas, que además eran contemporáneos, admitían el hurto del tutor, otros lo negaban para ese supuesto. En apoyo de esta interpretación podría jugar además el hecho de que mientras los textos que hemos tratado en el epígrafe anterior, pertenecientes a Ulpiano y Paulo, son ambos de la masa sabiniana, éste es de la masa papiniana, y, además, se trataba de fragmentos que correspondían a libros y títulos diferentes del Digesto. En contra de esta interpretación jugaría la dificultad de conciliar el que Trifonino, que era consejero de Septimio Severo a la par que Papiniano y también había ocupado el cargo de prefecto pretorio bajo el mismo emperador, se apartara del parecer de su colega.

La segunda posibilidad consistiría en que el texto pudiera referirse, por entero, al comportamiento ilícito perseguible a través de la *actio rationibus distrahendis*, y no guardara ninguna relación con el hurto. A estos efectos, conviene tener presente que en la exposición de Ulpiano se usan términos tan variados como *intercipere* o *auferre*¹⁰⁸ a propósito de esta acción, pero que sin embargo en este fragmento se empleaba *furari*, proveniente de *furor* y que puede traducirse como hurtar o sustraer. No es descartable que Trifonino se estuviera refiriendo al ilícito propio de esta acción, no coincidente técnicamente con el de hurto. Por tanto, según esta interpretación, el jurista, aunque comenzase llamando ladrones a los tutores, luego habría precisado su lenguaje, pues no cabría considerarlos en sentido propio como ladrones, sino como personas pérfidas, y, por tanto, a diferencia de lo que sucedería con los ladrones ordinarios, aquí no habría acumulación de acciones respecto a las personas.

¹⁰⁷ VOICI, P., *Actio rationibus distrahendis*, cit., p. 659.

¹⁰⁸ *Vid supra*. Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.22.

Desde nuestro punto de vista, esta última interpretación resulta preferible no solo porque resultaría extraño imaginar que Trifonino se hubiera aventurado a rechazar el hurto del tutor contra el parecer de todos los juristas de su época, sino que además otra solución no permitiría explicar la vinculación entre el *perfide agere* del tutor y la última referencia a la *condictia furtiva* con la que finaliza el fragmento¹⁰⁹. Referencia que, por otra parte, coincide con la posición de Paulo anteriormente señalada¹¹⁰.

Aunque es cierto que podría pensarse en la posibilidad de que se trate de textos interpolados, lo cierto es que al no ser la *actio rationibus distrahendis* puramente penal, a diferencia de la *actio furti*, resulta razonable pensar que en este supuesto los juristas, al menos los tardo-clásicos, no defendieran la acumulación con la *condictio furtiva*, y por ese motivo no parece probable que se trate de textos alterados. En este sentido, otro fragmento del propio Paulo¹¹¹ destacaba que, aunque la *actio rationibus distrahendis* implicara una pena al doble, ya contenía la persecución del simple.

¹⁰⁹ VOCI, P., *Actio rationibus distrahendis*, pp. 659-660.

¹¹⁰ Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.1.

¹¹¹ Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.2.

7. SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCITAR LA ACCIÓN

En línea con las conclusiones que hemos obtenido a lo largo de este capítulo, dado que la *actio rationibus distrahendis* era una acción de naturaleza penal privada, su ejercicio correspondía primordialmente al pupilo que había sufrido la sustracción en su patrimonio, en cuanto que era el interesado directo en la persecución del delito¹¹². Sin embargo, no se han conservado fuentes que reflejen esta realidad. A este respecto solo se conoce un fragmento que alude a los eventuales herederos del pupilo.

Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.23: *Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.*

Como se puede observar, después de haber recalcado que se trata de una acción perpetua, Ulpiano reconoce que tanto los herederos del pupilo como otras personas semejantes estaban legitimados para reclamar al antiguo tutor por las sustracciones que este hubiera cometido en perjuicio del patrimonio pupilar. Ahora bien, aunque nada se diga en relación con la persona del pupilo, con este testimonio se da a entender que el demandante ordinario en estos casos sería el propio pupilo.

Unánimemente aceptada esta suposición por toda la doctrina, resulta no obstante más complicado determinar si el pupilo podía ejercitar la *actio rationibus distrahendis* mientras se encontraba vigente la tutela o, por el contrario, debía esperar a que acabase su relación tutelar con ese tutor. De este modo, la cuestión relativa a la legitimación activa para perseguir a los tutores mediante la *actio rationibus distrahendis* se ha visto históricamente relacionada con la controversia doctrinal surgida en torno al momento concreto en que podía ejercitarse esta acción.

Sin embargo, afortunadamente, sobre esta cuestión contamos con el fragmento que presumiblemente debía cerrar la exposición que Ulpiano dedicaba a este recurso procesal en sus comentarios al Edicto.

Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.24: *Haec actio tunc competit, cum et tutelae actio est, hoc est finita demum tutela.*

¹¹² Dado que se trataba de una acción delictual, solo las personas agraviadas directamente por la sustracción del tutor estaban legitimadas para personarse ante los tribunales.

Ulpiano se muestra, pues, concluyente en su aseveración: la *actio rationibus distrahendis* únicamente podía ejercitarse, del mismo modo que sucedía con la *actio tutelae*, cuando la tutela hubiera finalizado. En consonancia con esta afirmación, cabe destacar que anteriormente ya había utilizado una forma verbal en tiempo pretérito para referirse a los tutores que podían ser demandados a través de esta misma acción: “*Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt et gerunt tutelam*”¹¹³.

Sin embargo, parte de la doctrina mantiene que originariamente esta acción se habría podido ejercitar mientras se encontraba vigente la tutela, regulación que se habría mantenido intacta durante la época clásica. De acuerdo con esta perspectiva, los textos de Ulpiano habrían sido alterados en época postclásica para adaptar su contenido a la tendencia unificadora de las distintas formas de tutela, de tal manera que ni la forma verbal “*fuerunt*” de D. 27.3.1.19, ni la expresión “*hoc est finita demum*” de D. 27.3.1.24 se corresponderían con la redacción original de esos pasajes¹¹⁴.

De acuerdo con los autores que defienden esta interpretación, la posibilidad de ejercitar la *actio rationibus distrahendis* durante la tutela habría permitido actuar contra los desmanes cometidos por los tutores legítimos y explicaría el nombre de la acción¹¹⁵: la acción de *distrahere rationes* haría referencia al acto de tomar las cuentas que se encontraban en poder del tutor con el fin de comprobar si se había producido alguna sustracción y, en su caso, proceder a sancionar al tutor. De acuerdo con esta perspectiva, si se demandaba al tutor mientras todavía seguía vigente la tutela, dado que el principal interesado seguiría siendo un impúber sometido a tutela, intervendría el denominado *tutor praetorius*, que como se indicaba en las instituciones de Gayo¹¹⁶ se encargaba de suplir la incapacidad del pupilo cuando este se encontraba inmerso en una situación que generaba un conflicto de intereses con su propio tutor¹¹⁷.

¹¹³ Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.19.

¹¹⁴ SOLAZZI, S., *Sull’actio rationibus distrahendis*, cit., p. 183.

¹¹⁵ ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni*, cit., p. 496 nt. 2.

¹¹⁶ Gai. 1.184: *Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat; nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur; qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatis legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.*

¹¹⁷ Vid. *infra* capítulo VI apartado 1.4.

A pesar de que esta hipótesis presenta algunos aspectos ciertamente sugerentes, no concuerda con ciertos rasgos que conocemos sobre la *actio rationibus distrahendis*. A este respecto, existen al menos dos grandes motivos para descartar la posibilidad de ejercitar esta acción mientras sigue vigente la tutela.

El primero de los argumentos se fundamenta en las fuentes, pues si bien estas no hacían referencia de forma expresa al momento en que podía ejercitarse la tutela, varios indicios conducen en esa misma dirección. Nuestra acción aparece recogida en el título “*De tutelae et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione*” junto a la *actio tutelae*. Esta acción, muy posterior en el tiempo, parece haberse articulado siguiendo algunos rasgos característicos de la *actio rationibus distrahendis*, lo que por otro lado explicaría esta ordenación conjunta y puede que precisamente por ese motivo la *actio tutelae* solo se ejercitase una vez finalizada la tutela¹¹⁸.

Pero además es que los escasos fragmentos que aluden al momento de ejercicio de la *actio rationibus distrahendis* siempre contemplan situaciones en las que la tutela ha finalizado, bien porque se reconoce la legitimidad de los herederos del pupilo fallecido¹¹⁹, bien porque se otorga la facultad de perseguir al tutor anterior a los nuevos tutores que ahora se encargan de la administración pupilar.

Escévola, *11 dig.*, D. 26.7.58.1: *Ex duobus tutoribus pupilli altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat ex persona pupilli sui iudice accepto consecutus est cum usuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum pervenerat: quaesitum est, iudicio tutelae, quo experitur pubes factus, utrum eius tantum portionis, quae ab initio quod ex tutelae ratione pervenerat ad defunctum contutorem, usurae veniant, an etiam eius summae, quae ex sortis usuris pupillo aucta post mortem eius ad superstitem aequae cum sorte translata sit aut transferri debuit. Respondit, si eam pecuniam in se vertisset, omnium pecuniarum usuras praestandas. Quod si pecunia mansisset in rationibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset, sed, faenori dare cum potuisset, neglexisset, cum id, quod ab alio debitore nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit totum sortis vice fungitur vel fungi debet.*

¹¹⁸ A este respecto, *vid.* Gai. 1.191; Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.5.5; Escévola, *11 dig.*, D. 26.7.58.1; Paulo, *8 ad Sab.*, D. 27.3.4 pr.

¹¹⁹ *Vid. supra* Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.3.1.24.

Aunque estas referencias textuales no sean decisivas a la hora de afirmar que la *actio rationibus distrahendis* solo podía ejercitarse una vez finalizada la tutela, lo cierto es que además existe otro argumento de peso para defender esta posición. A pesar de la ambigüedad con que en las fuentes aparece definido el comportamiento delictivo que justificaba el ejercicio de esta acción, en todo momento parece exigirse como requisito indispensable que el tutor hubiera llevado a cabo una sustracción efectiva que hubiera causado algún tipo de perjuicio al patrimonio pupilar.

Sin embargo, también hemos destacado en reiteradas ocasiones que en origen el tutor se considera *domini loco* del patrimonio pupilar, de forma que funcionalmente se comporta como si fuera el propietario de esos bienes. De esta manera, parece imposible que cualquier tipo de sustracción pudiera verificarse en el transcurso del cargo tutelar, pues el tutor siempre podría esgrimir que estaba operando con los bienes pupilares en el marco de sus competencias administrativas y pensaba reintegrar esos bienes.

Esta situación conduce irremediabilmente a rechazar la posibilidad de perseguir al tutor con la *actio rationibus distrahendis* mientras estuviera desempeñando su cargo. Consecuentemente, esto implicaría que no se podría constatar cualquier sustracción del tutor hasta que no se pudiera proceder a la evaluación de los bienes que componían los patrimonios del tutor y del pupilo de una forma completamente separada, circunstancia que únicamente podía tener lugar una vez finalizada la tutela.

8. LA PENA IN DUPLUM

Después de haber analizado el origen, la naturaleza y los rasgos procesales de la *actio rationibus distrahendis* a los que nos hemos referido en los apartados anteriores, finalmente debemos ocuparnos de las consecuencias que se derivaban en aquellos casos en los que el antiguo tutor resultaba condenado por haberse constatado algún tipo de sustracción en perjuicio del patrimonio familiar, en otras palabras, de la pena que se imponía para castigar este tipo de conductas fraudulentas.

Desde el punto de vista etimológico el término pena procede del latín “*poena*”, que de acuerdo con la mayor parte de la doctrina debe tratarse de una deformación del vocablo griego *ποινή*¹²⁰. En las fuentes más antiguas se utilizaba para hacer referencia a la compensación¹²¹, expiación¹²² o multa¹²³ que debía satisfacerse con el objetivo de saldar la responsabilidad derivada de la comisión de ciertos actos ilícitos. Importada desde la época decenviral por los romanos¹²⁴, la noción de *poena* aparece empleada en la ley de las XII Tabas en relación con las sanciones encaminadas a castigar a los infractores que se atrevieran a contravenir esas disposiciones legales.

Como indicamos anteriormente, en la ley decenviral se distinguían dos grandes grupos de actos ilícitos: por un lado se encontraban los denominados *scelera expiabilia*, que presentaban menor trascendencia desde el punto de vista de la afrenta a los dioses y podían solventarse con el pago de una ofrenda expiatoria o *piaculum*, mientras que, por otra parte, los *scelera inexpiabilia* implicaban un atentado de tal magnitud contra la *pax deorum* que llevaban aparejadas sanciones mucho más graves.

¹²⁰ ERNOUT, A. y MEILLET, E., *Dict. étym.*, cit., s. v. *poena*, p. 518.

¹²¹ Cfr. Homero, *Ilíada*, 9.633.

¹²² Cfr. Homero, *Ilíada*, 3.290

¹²³ Cfr. Homero, *Ilíada*, 18.498; Heródoto, *Hist.* 7.136.

¹²⁴ En este sentido, FERRINI, C., «Esposizioni storica e dottrinale del diritto penale romano», en *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. I (Milán, 1905), p. 143, destaca que el origen griego del término no solo se estimaba porque la palabra *poena* fuese contraria a las principales reglas de la fonética latina, sino que también Mommsen consideraba que este vocablo habría sido introducido en el ordenamiento jurídico romano por los compiladores decenvirales.

En este sentido, cabe destacar que en las XII Tabas encontramos diversas referencias al término *poena*, pero siempre asociadas con la noción de sanción pecuniaria que se imponía en virtud del *sacramentum* (XII Tab. 2.1 (Gai. 4.14)), en casos de evicción o vicios ocultos (XII Tab. 6.2 (Cic., *de off.* 3.16.65)), por haber causado lesiones a otra persona (XII Tab. 8.3 (Paul., *Coll.* 2.5.5); 8.4 (Gell., 20.1.12)), en casos de hurtos (XII Tab. 8.15 a (Gai. 3.191)) o por incumplir la prohibición de consagrar una cosa litigiosa (XII Tab. 12.4 (Gayo, 6 *ad lib. XII Tab.*, D. 44.6.3)).

Aunque en muchos casos resulta prácticamente imposible desentrañar qué clase de infracciones debían ser perseguidas a través de un procedimiento público y cuáles presentaban naturaleza privada, las XII Tablas habrían establecido el germen de lo que con el tiempo cristalizaría en una clasificación, no siempre clara a tenor de las fuentes, entre los denominados *crimina*, perseguidos a través de un juicio público y sancionados con una condena pública, y los denominados *delicta* o *maleficia*, que daban lugar a un juicio privado impulsado por las propias personas ofendidas y podían concluir con la imposición de una pena privada de carácter pecuniario.

Como indicamos anteriormente, la *actio rationibus distrahendis* se englobaría dentro de este segundo grupo, puesto que a través de esta acción se perseguía, a través de un juicio privado, la imposición de una pena pecuniaria a los tutores que hubieran realizado sustracciones en perjuicio del patrimonio pupilar. Ordinariamente estas penas de carácter pecuniario ascendían a un múltiplo del valor del objeto litigioso. Así sucedía precisamente en el caso de esta acción, pues como ponen de manifiesto las fuentes¹²⁵, en el caso de que el antiguo tutor resultase condenado debía satisfacer una pena que se elevaba al doble del valor de los bienes sustraídos.

En este sentido, cabe recalcar que la condena al tutor *in duplum* hacía referencia únicamente al valor de los bienes sustraídos efectivamente por el tutor, pero en ningún caso incluía los intereses subjetivos del pupilo.

Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.20: *Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur an etiam quod pupilli intersit. Et magis esse arbitror in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum aestimationem.*

En relación con la funcionalidad de esta pena, en las instituciones de Gayo se trazaba una clara distinción entre aquellas acciones penales que tenían como finalidad resarcir el daño causado – *ut rem tantum consequantur* – en contraposición a aquellas que no solo pretendían resarcir el perjuicio ocasionado, sino que también presentaban una finalidad punitiva – *ut rem et poenam*¹²⁶.

¹²⁵ La imposición de una condena al doble del valor de lo sustraído en los procesos de *actio rationibus distrahendis* se deduce de la lectura de varios fragmentos: Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.20; Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.2; *Pauli Sent.* 2.30.

¹²⁶ Gai. 4.6: *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.*

El mismo jurista añade a continuación que mientras que las primeras se basaban en algún contrato¹²⁷, estas últimas surgían a partir de comportamientos delictuales¹²⁸, como era el caso de la *actio rationibus distrahendis*. En este sentido, debemos recordar que la *actio rationibus distrahendis* se habría articulado trazando cierto paralelismo con la persecución penal del *furtum nec manifestum*, pues también se determinaba a través de un procedimiento privado iniciado mediante una *legis actio per sacramentum in personam* y desde la época decenviral podía concluir con la imposición de una condena por el doble del valor de los bienes hurtados.

Precisamente debido al hecho de que estas acciones perseguían una finalidad exclusivamente punitiva, desde el primer momento se habría establecido como norma general que las acciones propiamente penales podían acumularse con aquellas acciones reipersecutorias que surgieran de un mismo acto ilícito. Sin embargo, con anterioridad pudimos observar como distintas fuentes jurisprudenciales rechazaban la posibilidad de que la *actio rationibus distrahendis* se acumulase con otras acciones reipersecutorias como la *actio tutelae* o la *condictio furtiva*¹²⁹.

A nuestro juicio, la explicación más plausible ante lo que cabría considerar una excepción a la regla general pasa por considerar que los juristas clásicos no catalogaban a la *actio rationibus distrahendis* como una acción puramente penal, sino que estimaban que en la sanción al doble ya se contenía la indemnización por los bienes sustraídos al pupilo y, en consecuencia, no debía admitirse la acumulación. Se trataría de una acción que en época postclásica recibiría la calificación de mixta, es decir, que tenía como fin tanto la persecución de la pena como del resarcimiento.

Esta tendencia a otorgar mayor relevancia al resarcimiento del perjuicio causado se observa con claridad en la *actio legis Aquiliae*, pues en esta clase de acciones no rige un criterio de responsabilidad centrado sobre el comportamiento doloso del infractor, sino que se atiende principalmente al daño causado. Como consecuencia de ello, tiende a interpretarse que en estos casos la condena comprende tanto un resarcimiento como un reproche punitivo, que se establece al tomar como referencia el valor máximo del daño ocasionado con la comisión del acto ilícito.

¹²⁷ Gai. 4.7: *Rem tantum persequimur uelut actionibus, quibus ex contractu agimus.*

¹²⁸ Gai. 4.8: *Poenam tantum persequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione ui bonorum raptorum.*

¹²⁹ *Vid. supra* capítulo VII apartado 3.2.

Aunque nada se puede asegurar sobre la naturaleza originaria de la acción, más allá de que se trataba de una acción penal, todos los indicios llevan a pensar que la *actio rationibus distrahendis* habría sufrido una notable evolución. Dado el paralelismo entre las sustracciones cometidas por el tutor en el desempeño de sus funciones y el delito de *furtum nec manifestum*, es muy posible que en origen nuestra acción hubiera presentado una naturaleza penal de carácter netamente punitivo como la *actio furti*.

Sin embargo, la paulatina aplicación de criterios de sistematización en el ámbito penal habría desembocado en una diferenciación técnica entre acciones penales que se centraban principalmente en la conducta realizada para imponer una sanción meramente punitiva y acciones mixtas, que prestaban mayor atención al daño causado e imponían una condena en parte punitiva y en parte resarcitoria. Los juristas clásicos habrían considerado a la *actio rationibus distrahendis* en este segundo grupo.

Por último, cabe destacar que las fuentes nada dicen sobre si se trataba o no de una *actio famosa*, es decir, si la condena del demandado (en este caso el tutor) llevaba aparejada la nota de infamia. Ahora bien, resulta altamente probable que lo fuera, al igual que todas las acciones civiles penales que perseguían un comportamiento doloso. Y no se olvide, además, que en este caso, utilizando terminología moderna, el dolo de tutor constituía un elemento objetivo del tipo.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

Las numerosas incertidumbres doctrinales planteadas en torno a la articulación de la *actio rationibus distrahendis* aparecen perfectamente reflejadas en unas pocas líneas recogidas en las *Istituzioni* de Mario Talamanca. Tomando como punto de partida las palabras del insigne romanista italiano, en este cuarto capítulo hemos abordado el análisis de las escasas fuentes que se conservan referidas a esta acción con el objetivo de arrojar algo de luz sobre sus principales rasgos característicos.

La primera cuestión analizada atañe a su posible origen decenviral. De acuerdo con un fragmento de Trifonino¹³⁰, tenemos constancia de que en la ley de las XII tablas se habría contemplado una acción para sancionar a los tutores por el doble del valor de los bienes que hubieran sustraído del patrimonio pupilar. Esta afirmación concuerda con otro testimonio de Cicerón¹³¹, que dos siglos antes había afirmado que las conductas dolosas del tutor ya eran perseguidas por la ley de las XII tablas.

Aunque no se conozcan otras fuentes que corroboren ese origen decenviral, no existen motivos para rechazar la afirmación de Trifonino. No obstante, también hemos señalado que la denominación de *actio rationibus distrahendis* no podía remontarse a la época decenviral, sino que habría surgido con posterioridad, posiblemente en relación con la acción de quitar (*distrahere*) los libros de cuentas (*rationes*) al tutor para separar sus cuentas de aquellas correspondientes al patrimonio pupilar con el fin de evaluar si efectivamente se había producido alguna malversación.

Seguidamente nos hemos ocupado de precisar las conductas que posibilitaban que pudiera ejercitarse esta acción. Sorprende que las expresiones empleadas en las fuentes para hacer referencia a las conductas punibles del tutor aparecen asociadas a la noción de apoderamiento ilegítimo de los bienes del tutor, lo que indefectiblemente nos ha llevado a pensar en el delito de hurto romano. Concretamente, se percibe un notable paralelismo con el denominado *furtum nec manifestum*, que hacía referencia a todos aquellos supuestos en los que se producía una sustracción sin que el autor del hurto fuera sorprendido en el momento de la comisión del delito.

¹³⁰ Vid. *supra* Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1.

¹³¹ Vid. *supra* Cic., *de off.* 3.15.61.

De esta forma, resulta indiscutible que la *actio rationibus distrahendis* tendría una naturaleza eminentemente penal desde su primitiva articulación, y que, de acuerdo con los primeros rasgos que conocemos de la misma, parece que se encuadraría entre las acciones de carácter delictual. En este sentido, hemos destacado que no solo se trataría de una acción encaminada a perseguir actos ilícitos que vulneraban intereses privados, sino que también acarrearía sanciones de carácter pecuniario por el doble del valor de los bienes que hubieran sido sustraídos del patrimonio pupilar.

Sin embargo, a pesar de los notables paralelismos con el delito de *furtum*, parece que la *actio rationibus distrahendis* solo se habría utilizado para perseguir sustracciones del patrimonio pupilar en las que no hubiera mediado *animus furandi*¹³². Por esa razón, consideramos que se trataba de un recurso procesal inherente a la naturaleza potestativa de la originaria institución tutelar: dado que el tutor actuaba “*domini loco*” de los bienes del pupilo, podía realizar sustracciones con relativa facilidad, sin que esas actuaciones constituyeran técnicamente un delito de hurto.

Esta diferenciación nos ha llevado a plantearnos la posible acumulación de la *actio rationibus distrahendis* con otros recursos procesales que podrían haber surgido de esa misma sustracción realizada por el tutor. En el contexto de la amplísima casuística que suponen las posibles sustracciones efectuadas por el tutor, cabe pensar en la posible acumulación con una acción penal infamante como la *actio furti*, pero también con otras acciones reipersecutorias como la *actio tutelae* o la *condictio furtiva*.

Aunque los textos que se han conservado en relación con la *actio furti* resultan ciertamente confusos¹³³, parece si el tutor que se encargaba de la administración tutelar sustraía bienes del patrimonio pupilar podía emplearse la *actio rationibus distrahendi*. Ahora bien, si en estas sustracciones había mediado *animus furandi*, el tutor también quedaba obligado por el delito de hurto y, por lo tanto, podía ser perseguido a través de la *actio furti*. En consecuencia, parece que al menos desde la época de los juristas severianos se habría admitido esta acumulación. Sin embargo, no podemos descartar que anteriormente no fuera así, sobre todo teniendo en cuenta que Ulpiano se remonta a la opinión de su maestro Papiniano y, lo que es más importante, desconocemos si se podían acumular de forma electiva o cumulativa.

¹³² Vid. *supra* Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2 pr.

¹³³ Vid. *supra* Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.22; Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2 pr.-1.

Con respecto a la *actio tutelae*, en principio cabría suponer su acumulación con la *actio rationibus distrahendis*, pues se trata de una acción reipersecutoria encaminada a la devolución de los bienes que hubiera sustraído el tutor. Sin embargo, un fragmento de Ulpiano rechaza esta posibilidad¹³⁴.

El texto comienza señalando que en la tutela hay una sola obligación, aunque nazcan dos acciones diferentes. Sin embargo, el jurista inmediatamente su afirmación al señalar que cuando se ejercitaba la *actio tutelae* no podía ejercitarse la *actio rationibus distrahendis*, pero si se ejercitaba esta última se consumía la *actio tutelae* en lo que abarcaba la otra acción. De esta forma, Ulpiano ponía de manifiesto que mientras que el ejercicio de la *actio tutelae* extinguía completamente la *actio rationibus distrahendis*, no sucedía lo mismo en el caso contrario.

Con el objeto de comprender las causas que habrían motivado esta afirmación por parte de Ulpiano se han planteado diversas hipótesis. La primera de todas ellas pasa por considerar que se trataba de un texto interpolado, con lo que desaparecería cualquier problema sobre la posible acumulación entre ambas acciones.

Frente a esa solución, que no encuentra respaldo fundamentado en las fuentes, nos hemos hecho eco de la interpretación de Voci. Según el romanista italiano en estos casos se parte de un incumplimiento de naturaleza civil, que no obstante da lugar a dos tipos de sanciones: la *actio rationibus distrahendis* para obtener una sanción pecuniaria y la *actio tutelae* para obtener un resarcimiento. De acuerdo con esta interpretación, la particularidad de nuestra acción consistiría en que se trataba de una acción penal que nacía a partir de un incumplimiento de naturaleza civil.

Aunque hemos destacado que se trataba de una construcción original, a nuestro juicio resulta un poco forzada. Por ese motivo, hemos propuesto una visión alternativa sobre las palabras de Ulpiano. Desde nuestro punto de vista, es posible que los juristas clásicos, o al menos los tardoclásicos, considerasen que la *actio rationibus distrahendis* no era una acción puramente penal. De esta forma, habrían interpretado que esta acción no tenía por objeto la represión de un hurto y Ulpiano, interpretando que en la condena al doble del valor de los bienes sustraídos ya se contenía la indemnización, no admitiría la acumulación con una acción reipersecutoria como la *actio tutelae*.

¹³⁴ Vid. *supra* Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.21.

Algo similar ocurriría con la *condictio furtiva*, pues las fuentes también rechazan su posible acumulación con la *actio rationibus distrahendis*¹³⁵. Al igual que sucedía con la *actio furti*, los juristas tardoclásicos habrían interpretado que la condena al doble ya contenía una persecución del simple y, por tanto, no cabía perseguir al tutor fraudulento con una acción reipersecutoria como la *condictio furtiva*.

Una vez aclarada la naturaleza penal especial de la *actio rationibus distrahendis*, el siguiente apartado de nuestra exposición se ocupa del tipo de procedimiento que se habría empleado para resolver estas controversias. Dado que su origen se remonta a la ley de las XII Tablas, solo cabe imaginar que originariamente las sustracciones del tutor en perjuicio del patrimonio pupilar se hubieran sustanciado conforme a alguno de los cinco modos de litigar que conformaban el sistema de las *legis actiones*.

Únicamente podría tratarse de la *legis actio per sacramentum in personam*, que desde antiguo se usaba para perseguir conductas delictuales no flagrantes. Por lo tanto, el procedimiento tendría lugar ante un magistrado, que tras confirmar la confrontación entre las alegaciones del antiguo pupilo y su tutor, les exigiría comprometerse al pago de un determinado *sacramentum* en el caso de que no lograsen probar sus pretensiones. Una vez establecidos los fundamentos de la controversia, el proceso se resolvería ante un juez privado encargado de declarar qué *sacramentum* era justo.

Con el tiempo no cabe duda de que la *actio rationibus distrahendis* habría sido recogida en el Edicto del pretor. A tenor de las fuentes conservadas, parece aventurado proponer una reconstrucción de la fórmula. Sin embargo, parece fuera de toda duda que figuraría junto a la fórmula de la *actio tutelae*, estaría redactada en un tiempo pasado y contendría una *intentio in ius concepta* de carácter incierto, en la que seguramente se indicaría al juez que debía proceder a examinar las *rationes*.

En consonancia con la articulación del procedimiento que hemos perfilado en el apartado anterior, nuestra exposición se ha centrado a continuación en los órganos que tenían competencia para resolver este tipo de procesos. Sustanciada la fase *in iure* ante un magistrado dotado de potestades jurisdiccionales, el proceso quedaba en manos de un órgano judicial, que durante la época republicana podía adoptar la forma de jueces, árbitros, tribunales populares o los denominados *recuperatores*.

¹³⁵ Vid. *supra* Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1; Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.2.1.

Nuevamente tras un proceso de descarte hemos llegado a la conclusión de que esta clase de procesos únicamente podían resolverse ante un juez privado. Los litigantes podían escoger como juez a cualquier persona que cumpliera los requisitos legalmente establecidos, con el fin de obtener una sentencia imparcial. La persona escogida debía comprometerse a resolver la demanda contra el tutor fraudulento con arreglo a derecho, señalando si condenaba o absolvía al demandado.

Más complicado resulta determinar contra quiénes podía ejercitarse esta acción, asunto que hemos tratado en el sexto apartado de este capítulo. Nuestro análisis toma como punto de partida un texto de Ulpiano¹³⁶, donde se afirma que la *actio rationibus distrahendis* podía ejercitarse no solo contra los tutores legítimos, sino que se utilizaba para perseguir a toda clase de tutores. Aunque el sentido del fragmento parece bastante claro, no deja de sorprender que el jurista enfatice de manera aparentemente innecesaria a los tutores legítimos, cuando habría bastado con afirmar sin más que la acción podía ejercitarse contra toda clase de tutores.

Esta enrevesada construcción lingüística ha llevado a pensar que se trataría de un fragmento alterado. Desde ese punto de vista, parte de la doctrina ha defendido que la redacción original solo haría referencia a los tutores legítimos, mientras que la versión que se ha conservado es el resultado de sucesivas modificaciones de época postclásica que querían adaptar el contenido a la nueva ordenación jurídica. Sin embargo, nosotros hemos defendido la genuinidad del texto de Ulpiano sobre la base de una reconstrucción fundamentada en la evolución de la institución tutelar.

A este respecto resulta fundamental traer a colación las conclusiones alcanzadas en los capítulos anteriores del presente trabajo, en relación tanto con el origen como con la posterior evolución de la institución tutelar.

Como indicamos anteriormente en origen solo se habría contemplado una única forma de tutela, que se defería por vía legítima dentro del ámbito familiar y presentaba una naturaleza eminentemente potestativa. En este contexto, las conductas fraudulentas del tutor serían controladas y reprimidas por la propia comunidad familiar y solo se acudiría a la *actio rationibus distrahendis* en aquellos supuestos en los que se constatare una sustracción del patrimonio pupilar una vez finalizada la tutela.

¹³⁶ Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.19.

Con la aparición de las nuevas modalidades tutelares de carácter más asistencial, el tutor ya no se considera “*domini loco*” de los bienes del pupilo, por lo que resultaría mucho más complicado que pudiera cometer sustracciones en perjuicio del patrimonio pupilar sin que mediase *animus furandi*. En consecuencia, esas sustracciones ya no se habrían perseguido a través de la *actio rationibus distrahendis*, sino que habrían sido consideradas técnicamente como verdaderos hurtos.

A partir de la consolidación de la tutela dativa, sabemos que en época imperial tiende a unificarse el régimen jurídico de las tres *species tutelarum*. Aunque en general se tiende a imponer la regulación jurídica que regía la tutela dativa, también se observa la extensión de algunos recursos procesales que originariamente estaban asociados solo a una de estas modalidades tutelares. Conociendo esta evolución parece razonable que Ulpiano emplease esa formulación para poner de manifiesto que, a diferencia de lo que establecía la regulación original, en su tiempo la *actio rationibus distrahendis* se habría podido ejercitar contra toda clase de tutores.

También en relación con los tutores que podían ser perseguidos a través de la *actio rationibus distrahendis*, en este apartado nos hemos ocupado de los supuestos en los que existiera una pluralidad de tutores. A este respecto hemos analizado un pasaje de Trifonino¹³⁷ en el que señala que al tratarse de tutores debía entenderse que no hurtaban los bienes del pupilo, sino que actuaban pérfidamente. Por ese motivo, afirma que en esos casos cada tutor respondía por el doble del valor de lo sustraído con esta acción y luego podía ser reclamado por la cosa misma o su estimación.

El texto admite diversas interpretaciones. Sin embargo, a nuestro juicio debe desecharse la posibilidad de que Trifonino estuviera excluyendo el hurto del tutor, pues resulta difícil imaginar que este jurista se apartase de la opinión de su colega Papiniano. Por ese motivo, hemos considerado más probable que este fragmento hiciera referencia exclusivamente a los comportamientos ilícitos de los tutores perseguibles a través de la *actio rationibus distrahendis*. Aunque en un principio Trifonino calificase a los tutores como ladrones, en realidad el jurista era plenamente consciente de que estos casos no podían equipararse al delito de hurto y, en consecuencia, no admite la acumulación de acciones en los supuestos de pluralidad de tutores fraudulentos.

¹³⁷ Vid. *supra* Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1.

En el séptimo apartado de esta exposición sobre la *actio rationibus distrahendis* nuestra atención se ha centrado en las personas que estaban legitimadas activamente para ejercitar esta acción contra los tutores fraudulentos. En este sentido, parece claro que al tratarse de una acción penal de carácter privado su ejercicio correspondería primordialmente al pupilo que había sufrido la sustracción en su patrimonio, en cuanto que era el interesado directo en la persecución del delito.

Esta es la conclusión que parece deducirse de un fragmento en el que Ulpiano afirma que los herederos del pupilo y otras personas semejantes estaban legitimados para reclamar al antiguo tutor por las sustracciones que este hubiera cometido en perjuicio del patrimonio pupilar¹³⁸. Aunque Ulpiano no alude expresamente al pupilo, se entiende que la legitimidad de sus herederos y personas afines estaría subordinada a la posibilidad de que demandase el propio pupilo afectado.

En relación con este punto, cabe preguntarse si el pupilo estaba legitimado para ejercitar la *actio rationibus distrahendis* mientras se encontraba cometido a la tutela o, por el contrario, debía esperar a que esta finalizase. Desde esta perspectiva, la cuestión sobre la posible legitimidad activa del pupilo aparece directamente relacionada con la controversia en torno al momento concreto en que podía ejercitarse esta acción.

Afortunadamente también se ha conservado otro fragmento de Ulpiano en el que se afirma de manera taxativa que la *actio rationibus distrahendis* solo podía ejercitarse cuando la tutela hubiera finalizado¹³⁹. A pesar de que parte de la doctrina ha sostenido que se trataría de un fragmento interpolado, pues originariamente esta acción se habría podido ejercitar mientras se encontraba vigente la tutela, a nuestro juicio existen dos grandes motivos para sostener la afirmación de Ulpiano.

Por un lado, cabe destacar los evidentes paralelismos entre nuestra acción y la regulación de la *actio tutelae*, que también se ejercitaba una vez finalizada la tutela, pero es que además todos los fragmentos que se conservan en relación con el momento de ejercicio de la *actio rationibus distrahendis* siempre contemplan situaciones en las que la tutela ha finalizado, bien porque se reconoce la legitimidad de los herederos del pupilo fallecido, bien porque se otorga la facultad de perseguir al tutor anterior a los nuevos tutores que ahora se encargan de la administración pupilar.

¹³⁸ Vid. *supra* Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.23.

¹³⁹ Vid. *supra* Ulpiano, 36 ad Ed., D. 27.3.1.24.

Como colofón de este cuarto capítulo, en el último apartado nos hemos ocupado de las consecuencias jurídicas que se derivaban de la condena impuesta a los tutores que habían realizado sustracciones en perjuicio del patrimonio pupilar. A este respecto, las fuentes recuerdan que la *actio rationibus distrahendis* llevaba aparejada la imposición de una sanción pecuniaria por el doble del valor de los bienes sustraídos.

Siguiendo la distinción recogida en las instituciones de Gayo entre las acciones penales que buscaban resarcir el daño causado, en contraposición a aquellas que no solo pretendían resarcir el perjuicio ocasionado, sino que también presentaban una finalidad punitiva, hemos indicado la posibilidad de que en origen la *actio rationibus distrahendis* presentase una naturaleza netamente punitiva, pero que con el paso del tiempo se habría terminado interpretando que la sanción al doble ya contenía también un resarcimiento por las sustracciones efectuadas por el tutor.

Por último, aunque no se conserva ningún fragmento a este respecto, todo parece apuntar a que se trataba de una acción infamante, pues se trata de una particularidad de todas las acciones civiles penales que perseguían un comportamiento doloso.

VIII. *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS*

1. La *accusatio suspecti tutoris* en las fuentes
 - 1.1. *Haec clausula et frequens, et pernecessaria est*
2. *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*
3. Naturaleza de la *accusatio suspecti tutoris*
 - 3.1. *Ex quibus causis suspecti removeantur*
 - 3.2. Una acción penal mixta
4. Procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris*
 - 4.1. Sobre la *cognitio* referida en las fuentes clásicas
 - 4.2. Las distintas posibilidades procesales en época antigua
 - 4.2.1. Un proceso sustentado sobre el *imperium* del magistrado
 - 4.2.2. Una posible acusación a través del sistema de las *legis actiones*
 - 4.2.3. La escasa viabilidad de un procedimiento criminal
 - 4.3. La hipótesis en torno a la denominada “*remotio simple*”
5. Competencia para conocer de la *accusatio suspecti tutoris*
 - 5.1. Competencia limitada por razón del territorio
 - 5.2. Concurrencia con otros órganos jurisdiccionales
 - 5.3. Delegación de las funciones jurisdiccionales
 - 5.4. La situación competencial durante la época antigua
 - 5.4.1. Una *cognitio* sustanciada por el pretor
 - 5.4.2. Una posible resolución ante el tribunal de los *centunviro*s
 - 5.4.3. Los magistrados encargados de los *iudicia publica*
6. Sujetos acusados como sospechosos
 - 6.1. Sobre el momento en que podía ejercitarse la *accusatio*
 - 6.2. *Et quidem omnes tutores possunt*
7. Legitimación para ejercitar la *accusatio suspecti tutoris*
 - 7.1. Una *actio quasi publica*
 - 7.2. *Quasi pupilli defensores*

7.3. Supuestos de acusación excepcionales

7.3.1. La acusación ejercitada por mujeres

7.3.2. La acusación ejercitada por libertos

7.3.3. La acusación ejercitada por personas tachadas con la nota de infamia

8. Consecuencias jurídicas de la *accusatio suspecti tutoris*

8.1. La remoción del tutor declarado sospechoso

8.2. La importancia del senadoconsulto mencionado en Gai. 1.182

8.3. Una condena de carácter infamante

8.4. La remisión ante el *praefectus urbi*

A modo de recapitulación

1. LA *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS* EN LAS FUENTES

Antes de comenzar con el análisis de este recurso procesal, queremos destacar que de forma similar a lo que sucedía con la *actio rationibus distrahendis*, en el caso de la *accusatio suspecti tutoris* nos movemos en un ámbito de una gran incertidumbre, especialmente en relación con el período antiguo. Todo ello es consecuencia de que casi toda la información que disponemos de esta institución procede de textos de juristas clásicos recogidos en el *Corpus Iuris*. Dentro de la compilación, las fuentes relativas a la *accusatio* pueden agruparse en torno a tres grandes bloques.

El primero de ellos se encuentra recogido bajo la rúbrica “*De suspectis tutoribus et curatoribus*” en el título 10 del libro 26 del Digesto. Se compone de doce pasajes procedentes de juristas que vivieron entre finales del siglo II d.C. y comienzos del siglo III d.C. El más antiguo de estos fragmentos proviene de las *Quaestiones* de Papiniano¹, obra elaborada bajo el gobierno del emperador Septimio Severo. Algo posteriores en el tiempo son un fragmento extraído de los *Responsa* de Papiniano² y otro de la misma época perteneciente al libro *De cognitionibus* de Calístrato³.

Sin embargo, la mayor parte de los textos proceden de distintas obras realizadas por Ulpiano durante el gobierno del emperador Antonino Caracalla⁴, pues tras el asesinato de su maestro Papiniano en el año 212 d.C. y la consiguiente persecución de los seguidores de Geta, decidió retirarse de la vida pública y dedicarse a la elaboración de sus grandes tratados jurídicos.

Por último, cabe señalar que la exposición recogida en el Digesto se completa con un fragmento de Modestino⁵, discípulo de Ulpiano, y que concluye con un texto tomado de los *Responsa*⁶ del jurista Julio Aquila⁷.

¹ Papiniano, *12 quaest.*, D. 26.10.10.

² Papiniano, *5 resp.*, D. 26.10.11.

³ Calístrato, *4 de cognit.*, D. 26.10.6.

⁴ Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.1; 3; Ulpiano, *61 ad Ed.*, D. 26.10.8; Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.2; 4; 7; Ulpiano, *3 disput.*, D. 26.10.5.

⁵ Modestino, *de heur.*, D. 26.10.9.

⁶ Julio Aquila, *resp.*, D. 26.10.12.

⁷ De acuerdo con CUENA BOY, F., «Repertorio de juristas romanos», en AA.VV., *Textos de derecho romano* (Pamplona, 1998), p. 366, se tiende a creer que Julio Aquila fue contemporáneo de Ulpiano, aunque la información de la que disponemos sobre este jurista es tan escasa que hasta se duda de que su propio nombre fuera Julio Galo Aquila, cfr. sobre su obra, *vid.* LENEL, O., *Paling.*, vol. I, cols. 501-502; sobre su trayectoria, *vid.* KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung*, cit., p. 136.

A la hora de ordenar estos testimonios, no cabe duda de que los compiladores justinianos habrían tomado como referencia la obra de Ulpiano: no solo los primeros cinco fragmentos de este título procedan de este jurista (dos fragmentos proceden del libro treinta y cinco de los comentarios al edicto, otros dos del libro primero de *omnibus tribunalibus* y el último del libro tercero del *Disputationum*), sino que la organización interna de este título del Digesto aparece completamente supeditada a la ordenación que presumiblemente encabezaba sus comentarios al Edicto⁸.

En segundo lugar, el título 43 del libro quinto del Código de Justiniano recoge una serie de rescriptos imperiales sobre la *accusatio suspecti tutoris*. Se trata de nueve disposiciones promulgadas a lo largo del siglo III d.C. Estas se encuentran ordenadas cronológicamente: dos de ellas fueron emanadas por el emperador Caracalla⁹, tres por Alejandro Severo¹⁰, dos por Gordiano III¹¹, una por Filipo el Árabe¹² y otra en tiempos de los emperadores Diocleciano y Maximiano¹³.

En tercer lugar, las Instituciones de Justiniano recogen en el título 26 del primer libro una exposición resumida del contenido referido a la *accusatio suspecti tutoris* que aparece recogido en el Digesto y el *Codex*. Ahora bien, cabe reseñar que algunos de los textos han sido parcialmente corregidos o completados por los compiladores con el fin de presentar una exposición sistemática de este recurso procesal.

Pese a que estos tres grandes bloques conforman la principal regulación jurídica que conocemos sobre la *accusatio suspecti tutoris*, también encontramos referencias a este recurso procesal en otros apartados de la compilación justiniana, que se refieren por lo general al ámbito de la tutela o la curatela¹⁴, así como en ciertos pasajes de las Instituciones de Gayo¹⁵ y en algunos fragmentos de *Tit. Ulp.*¹⁶.

⁸ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1: *Primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator, deinde quis et a quo et ex quibus causis remouetur, deque poena suspecti.*

⁹ C.I. 5.43.1 (a. 212); 5.43.2 (a. 215).

¹⁰ C.I. 5.43.3 (a. 229); 5.43.4 (a. 233); 5.43.5 (a. 233).

¹¹ C.I. 5.43.6 (a. 238); 5.43.7 (a. 240).

¹² C.I. 5.43.8 (a. 244).

¹³ C.I. 5.43.9 (a. 294-305).

¹⁴ Así, por ejemplo, encontramos en el Digesto pasajes como Ulpiano, *de off. praef. urbi*, D. 1.12.17; Macer, *de off. praes.*, D. 1.21.4; Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 3.3.397; Ulpiano, 6 *disput.*, D. 3.5.43; Paulo, 1 *decret.*, D. 4.4.38 pr.; Marciano, 3 *inst.*, D. 26.1.9; Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.4; D. 26.2.11; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.2.17.1; 19.2; Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.2.27.1; Papiniano, 15 *resp.*, D. 26.2.29; Ulpiano, 38 *ad Sab.*, D. 26.4.3.8; Modestino, 1 *excusat.*, D. 26.5.21; 26.6.2.2; Trifonino, 14

Una vez expuestas las fuentes que van a cimentar el punto de partida de nuestra investigación sobre la *accusatio suspecti tutoris*, conviene destacar que a primera vista se observan dos grandes evidencias. Por un lado, la inmensa mayoría de las fuentes provienen de escritos redactados en un período de tiempo muy concreto que se sitúa desde finales del siglo II d.C. hasta comienzos del siglo III d.C.

Disponer de todas estas fuentes de origen clásico permite conocer los principales rasgos de la regulación de la *accusatio suspecti tutoris* desde la época imperial. Aunque aún existen cuestiones confusas, el análisis de los textos ofrece una panorámica bastante clara de cómo se articulaba este recurso procesal en esa época. Sin embargo, a medida que nos remontamos en el tiempo, la oscuridad es cada vez mayor. Apenas contamos con textos que se refieran a la regulación precedente, por lo que la reconstrucción de la evolución de nuestra *accusatio* durante la época antigua debe partir de las fuentes clásicas que acabamos de señalar, y complementarse con los elementos jurídico-sociales que hemos presentado en los capítulos anteriores.

En relación con las fuentes, no puede pasar inadvertido que el cuerpo central de toda la regulación que ha llegado hasta nosotros proviene principalmente de la obra de Ulpiano, y más concretamente de sus comentarios al Edicto. Por ese motivo, nuestro análisis sobre la *accusatio suspecti tutoris* debe partir necesariamente del planteamiento que nos propone la exposición general de Ulpiano.

disput., D. 26.6.4; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.3.2; 5.2; 7; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 26.7.9.8; Paulo, 8 *brev.*, D. 26.7.14; Ulpiano, 1 *resp.*, D. 26.7.19; Papiniano, 5 *resp.*, D. 26.7.39.16; Papiniano, 7 *resp.*, D. 26.7.41; Paulo, 9 *resp.*, D. 26.7.46; Paulo, 2 *sent.*, D. 26.7.49; Paulo, 2 *decret.*, D. 26.7.53; Pomponio, 17 *ad Sab.*, D. 26.8.4; Juliano, 20 *dig.*, D. 27.1.20; Paulo, 23 *quaest.*, D. 27.1.35; Marciano, 2 *inst.*, D. 27.1.29.1; Trifonino, 14 *disput.*, D. 27.2.6; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.15; Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 27.3.9.5; Juliano, 21 *dig.*, D. 27.4.4; Ulpiano, 3 *disput.*, D. 27.8.2; Juliano, 21 *dig.*, D. 27.10.7; Ulpiano, 13 *ad Sab.*, D. 38.17.2; Ulpiano, 59 *ad Ed.*, D. 42.4.7; Ulpiano, 2 *de omn. trib.*, D. 42.5.31.1-2; Ulpiano, 30 *ad Sab.*, D. 46.3.14.1; Papiniano, 2 *quaest.*, D. 46.6.12; Hermogeniano, 1 *iuris epit.*, D. 46.8.6; Paulo, 3 *sent.*, D. 48.10.18. Marciano, *l. s. ad sen. turp.*, D. 48.16.1.11; Modestino, *l. s. de praescript.*, D. 49.1.20; Ulpiano, 1 *de apell.*, D. 49.4.1.14; Paulo, *lib. sing. regul.*, D. 49.5.3. Con respecto al Código de Justiniano, además del mencionado título 43 del libro 5, debemos citar las siguientes fuentes: C.I. 2.18.1 (a. 196); 5.34.10 (a. 294); 5.36.4 (a. 260); 5.37.4 (a. 213); 5.38.1 (a. 226); 5.42.2 (a. 260); 5.47.1 (a. 197); 5.52.2 (a. 284); 5.55.1 (a. 223); 5.56.2 (a. 224). En relación con las Instituciones de Justiniano, aparte del título 1.26, tan sólo el fragmento 1.22.6 hace alusión al objeto de nuestro estudio.

¹⁵ Gai. 1.182.

¹⁶ *Tit. Ulp.* 11.23.

1.1. *HAEC CLAUSULA ET FREQUENS, ET PERNECESSARIA EST*

Una vez señaladas las principales fuentes jurídicas que aportan información sobre la *accusatio suspecti tutoris*, debemos ocuparnos concretamente de su posible tratamiento edictal. A este respecto, debemos comenzar señalando que Ulpiano abría la exposición sobre los tutores y curadores sospechosos en sus comentarios al Edicto indicando que la cláusula edictal era de frecuente aplicación y necesaria en su época, pues todos los días se acusaba como sospechosos a los tutores.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1 pr.: *Haec clausula et frequens et pernecessaria est: cottidie enim suspecti tutores postulantur.*

El uso del término “*clausula*” en este fragmento no puede sino referirse a una cláusula del Edicto del pretor. Ulpiano no proporcionaba más información al respecto. Por ese motivo, tan sólo podemos limitarnos a confirmar la existencia de tal cláusula y su inclusión en el Edicto perpetuo. Desconocemos, pues, el momento de aparición de la misma, cuáles serían los términos concretos de su redacción original y cómo se habría articulado su posible evolución histórica. No obstante, todavía contamos con algunos datos que pueden arrojar algo de luz a este respecto.

La primera cuestión que llama nuestra atención radica en el encabezamiento del título del Digesto en que se encuentra recogido este fragmento. Al igual que sucede con los apartados correspondientes del *Codex*¹⁷ o las Instituciones de Justiniano¹⁸, este título del Digesto lleva por nombre “*De suspecti tutoribus et curatoribus*”. Por tanto, trata de manera conjunta los casos de tutores y curadores sospechosos. Sin embargo, existen una serie de indicios que nos llevan a cuestionar que la originaria disposición del pretor hubiera contemplado de manera conjunta la ordenación de los supuestos que afectaban tanto a los tutores como a los curadores sospechosos.

Nuestra primera sospecha se fundamenta en que el título XXII del Edicto no trata más que sobre la tutela. De acuerdo con la reconstrucción de Lenel¹⁹, este título se compondría de siete edictos que llevarían los siguientes encabezamientos:

¹⁷ Vid. *supra* C.I. 5.43.

¹⁸ Vid. *supra* Inst. 1.26.

¹⁹ LENEL, O., *Das Edictum perpetuum*, cit., pp. 314 ss.

121. *De administratione tutorum.*

122. *Si quis, cum tutor non esset, in contrahendo auctor factus erit.*

123. *De suspectis tutoribus.*

124. *Arbitrium tutelae.*

125. *Rationibus distrahendis.*

126. [*De eo, qui pro tutore negotia gessit*].

127. *De magistratibus conueniendis.*

Como se puede observar, el título XXII no parece recoger ninguna cláusula relativa a la curatela y, menos aún, la posibilidad de ejercitar una hipotética *accusatio* contra un curador sospechoso. De hecho, en aquellos supuestos en los que un curador se comportaba de forma fraudulenta, las fuentes aluden generalmente al ejercicio de la *actio negotiorum gestorum* contra el curador sospechoso²⁰.

Pero además de estos indicios, sorprende que la exposición de Ulpiano se centre en destacar de forma minuciosa los rasgos relativos a la *accusatio suspecti tutoris*, mientras que apenas se detiene a mencionar la figura del curador sospechoso y, cuando lo hace, es siempre de forma secundaria. A este respecto resultan especialmente clarificadoras las palabras utilizadas por Ulpiano en el fragmento antes mencionado, cuando precisa que “*cottidie enim suspecti tutores postulantur*”. Únicamente habla de los tutores, no hay rastro de los curadores.

Los argumentos expuestos son indicios de suficiente entidad como para pensar que originariamente la cláusula edictal tan sólo versaba acerca de los tutores sospechosos, mientras que las diversas alusiones a la curatela que encontramos en los fragmentos del Digesto son el resultado de interpolaciones²¹. En este sentido, cabe pensar que los compiladores justinianeos tratasen de aglutinar la regulación de la tutela y la curatela en lo tocante a la acusación por comportamientos sospechosos, pues en la época postclásica se unifica el régimen de ambas instituciones.

²⁰ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris* (Nancy, 1926), p. 79 nt. 3, señala como ejemplos de la aplicación de esta acción los siguientes pasajes del Digesto: Ulpiano, *10 ad Ed.*, D. 3.5.3.5; Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.5.6; Paulo, *8 ad Sab.*, D. 27.3.4.3; y una glosa de Thalelaeus *ad c.* 18, C. 2.18.

²¹ SOLAZZI, S., *La minore età nel diritto romano* (Roma, 1912), p. 160 nt. 1.

En segundo lugar, si bien no es posible conocer con exactitud el contenido de la cláusula edictal genuina, si parece que podemos situar su posición dentro del Edicto del pretor. Como hemos visto, a tenor de los comentarios de Ulpiano se suele considerar que el título XXII del Edicto abordaba la cláusula de la *accusatio suspectis tutoris* tras las cláusulas referidas a la administración tutelar y de falso tutor.

No cabe duda de que Ulpiano mostró un considerable interés por esta cláusula, pero no deja de resultar sorprendente que, a diferencia de lo que sucede con otros pasajes de sus comentarios, en este caso no se detenga a comentar los pormenores de la disposición edictal. Esta singularidad nos lleva a sospechar que se trataba de una cláusula genérica, en la que el pretor se limitaba a declarar que debía removerse a los tutores sospechosos sin precisar las características de tal procedimiento²².

En contraposición a los términos generales en que presumiblemente se habría podido redactar la cláusula edictal sobre la *accusatio suspecti tutoris*, la exposición general de Ulpiano procura esclarecer la regulación de todos sus elementos principales. Se trata de un plan de trabajo que comienza abordando el origen de la institución, para proseguir tratando consecutivamente acerca de la competencia jurisdiccional para conocer este tipo de procesos, los tutores contra los que se podía ejercitar la acusación, los posibles acusadores, las causas y la pena impuesta a los condenados.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1: *Primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur, deque poena suspecti.*

La exposición resulta ciertamente exhaustiva. Por esa razón, hemos decidido enfocar el análisis acerca de la *accusatio suspecti tutoris* a partir de los textos que componían este título del Digesto, aunque, como es evidente, en muchas ocasiones nos veremos obligados a realizar ciertas digresiones con el fin de completar las lagunas que presenta esta exposición general.

²² Esta hipótesis ha sido defendida por un amplio sector doctrinal, siguiendo a LENEL, O., *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 308. Anteriormente algunos autores como PERNICE, A., *Marcus Antistius Labeo: Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* (Halle, 1900), pp. 182 ss. ya habían propuesto una posible redacción en la que sucintamente se indicase “*Si suspectus tutor postulabitur, prout res erit, animadvertam*”. En contra del carácter genérico de la cláusula se posicionan, sin embargo, otros muchos autores que consideran que debía tratarse de una cláusula detallada que fue posteriormente alterada por los compiladores, *vid.* KRÜGER, H., «*Verweisungsedikte im prätorischen Album*», en ZSS, 37 (1916), pp. 294-295; LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 81-82.

2. *SCIENDUM EST SUSPECTI CRIMEN E LEGE DUODECIM TABULARUM DESCENDERE*

De acuerdo con el plan esbozado al principio de su exposición general, Ulpiano comienza por referirse a la procedencia de la *accusatio suspecti tutoris*.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.2: *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*.

A primera vista, parece que Ulpiano se muestra categórico a la hora de expresar el origen decenviral de la *accusatio suspecti tutoris*. En este sentido, el jurista no solo menciona expresamente la ley de las XII Tablas, sino que además utiliza una expresión tan contundente como “*sciendum est*” para poner de manifiesto que se trataba de una cuestión incontrovertida en el seno de la jurisprudencia romana.

Sin embargo, el uso del verbo “*descendere*” nos lleva a matizar esta afirmación. Mientras que para hacer alusión al origen decenviral de la *actio rationibus distrahendis* hemos visto que Trifonino utilizaba una expresión tan ciertamente inequívoca como era “*quae proponitur ex lege duodecim tabularum*”²³, en este fragmento Ulpiano solo manifiesta que “*lege duodecim tabularum descendere*”.

Y desde luego no se trata de una expresión utilizada fortuitamente, pues en la misma apertura de su exposición sobre este recurso procesal Ulpiano ya señalaba que “*primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen*”²⁴. Pero es que además, a lo largo de su obra aparece en multitud de ocasiones²⁵ este verbo para referirse al punto de partida de una determinada institución jurídica, sin que ello implique que su origen se sitúe estrictamente en ese mismo punto de partida. En este sentido, parece que solo se podría afirmar que nuestra acción provenía de las XII Tablas.

²³ Vid. *supra* Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1.

²⁴ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1: *Primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur, deque poena suspecti*.

²⁵ En el Digesto se pueden encontrar numerosos fragmentos en los que Ulpiano utilizaba la expresión “*descendere*” para referirse a la idea de derivación o procedencia, *vid.* D. 1.1.1 pr. (1 *inst.*); D. 1.1.3 (1 *inst.*); D. 1.3.33 (1 *de off. procons.*); D. 1.9.12.1 (2 *de cens.*); D. 9.1.1 pr. (18 *ad Ed.*); D. 12.6.26.13 (26 *ad Ed.*); D. 16.3.1.2 (30 *ad Ed.*); D. 16.3.7.1 (30 *ad Ed.*); D. 17.2.7 (30 *ad Sab.*); D. 25.3.5.2 (2 *de off. cons.*); D. 26.4.3.7 (38 *ad Sab.*); D. 37.5.1.1 (40 *ad Ed.*); D. 39.3.1.18 (53 *ad Ed.*); D. 40.2.16 pr. (2 *ad l. ael. sent.*); D. 42.1.4.7 (58 *ad Ed.*); D. 42.4.3 pr. (59 *ad Ed.*); D. 43.26.1.1 (1 *inst.*); D. 43.26.8.3 (71 *ad Ed.*); D. 48.5.30.6 (4 *de adult.*).

El uso del término “*descendere*” expresa una idea de procedencia, que no tiene por qué implicar necesariamente que la *accusatio suspecti tutoris* estuviera contemplada en la ley de las XII Tablas. Por ese motivo, aunque en general la doctrina romanística ha aceptado la genuinidad del texto, algunos romanistas han manifestado sus dudas respecto a ese pretendido origen decenviral²⁶, pues la referencia a la ley de las XII Tablas bien podría ser una anticipación en el tiempo o se trataría de una alusión a la causa última en la que con posterioridad se habría fundamentado la elaboración de un instrumento procesal como la *accusatio suspecti tutoris*.

En contraposición a estos planteamientos, parte de la doctrina considera que su posible origen decenviral podría confirmarse gracias al testimonio de Cicerón sobre la represión del *dolus malus* en las XII Tablas²⁷: a pesar de que ya hemos destacado que esta alusión resultaba muy ambigua, pudiendo referirse a diversos recursos procesales para sancionar al tutor, algunos autores²⁸ mantienen que en este fragmento únicamente se estaría haciendo referencia a la *accusatio suspecti tutoris*.

Esta interpretación se basa en la mención contenida en el texto de Cicerón sobre la denominada *lex Laetoria*²⁹, que fue aprobada en los primeros años del siglo II a.C.³⁰ y posibilitaba que cualquier ciudadano pudiera ejercitar una acción de carácter penal y popular frente a quien hubiera obtenido beneficios en virtud de un negocio jurídico que había causado perjuicios para el menor contratante. Con esa finalidad se habría creado luego el *iudicium publicum rei privatae*, que era un procedimiento que conllevaba una nota de infamia para el condenado por la *circumscriptio adulescentium*.

²⁶ Destacan los posicionamientos de PERNICE, A., *Marcus Antistius Labeo*, cit., pp. 182 ss.; VOCI, P., *Istituzioni*, cit., p. 273, nt. 31; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, cit., p. 607.

²⁷ *Vid. supra* Cicerón, *de off.* 3.15.61.

²⁸ A este respecto, KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 28, cuyos planteamientos sirven de referencia para LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 21 ss.

²⁹ Sobre la preferencia de la denominación de “*lex Laetoria*” de forma preferente a “*lex Plaetoria*”, *vid.* GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal del minor viginti quinque annis en Derecho romano* (Madrid, 2008), pp. 56-59, con abundante bibliografía al respecto y donde se expone la preferencia en las fuentes por la utilización de “*lex Laetoria*”.

³⁰ La datación de la ley es un tema discutido en la doctrina, aunque parece claro que debió aprobarse en el período que abarca desde el año 200 al año 191 a.C. En relación con la fecha exacta de su promulgación se han publicado en las últimas décadas distintos trabajos: COSTA, E., «Della data della *lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium*», en *BIDR*, 2 (1889), pp. 72, ss.; DI SALVO, S., “*Lex Laetoria*”. *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.* (Camerino, 1979), pp. 41 ss.; ANKUM, H., «Le *minor captus* et le *minor circumscriptus* en droit romain classique», en *Études offertes a Pierre Jaubert. Liber Amicorum* (Burdeos, 1992), pp. 35 ss.; GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal del minor viginti quinque annis*, cit., pp. 59-65.

De acuerdo con el punto de vista de esta corriente doctrinal, existiría un claro paralelismo entre la *actio legis Laetoriae* y la *accusatio suspecti tutoris*. En este sentido, uno de los procedimientos sancionadores previstos en esta ley era un *iudicium publicum rei privatae* que presentaba grandes similitudes con la *postulatio suspecti tutoris*, pero es que además el testimonio de Cicerón parece indicar que también en ambos casos se pretendía proteger al menor de una misma noción de dolo³¹. Se trataría de una amplia concepción del denominado *dolus malus*, que trascendía de la simple “distracción de bienes pupilares” sancionada por la *actio rationibus distrahendis*.

En efecto, además de los casos de sustracciones más flagrantes, esta noción de dolo abarcaría toda clase de conductas fraudulentas realizadas en perjuicio del pupilo, de manera que implicarían la pérdida de confianza sobre el tutor y, consecuentemente, su inidoneidad para seguir ocupando el cargo. Sin embargo, los motivos esgrimidos no parecen suficientes para asegurar que el texto de Cicerón se estuviera refiriendo a la *accusatio suspecti tutoris* y, menos aún, para descartar que no estuviera aludiendo a la *actio rationibus distrahendis*.

Esta interpretación se asienta sobre una referencia coyuntural a la *lex Laetoria*, que pese a guardar ciertas similitudes con la regulación de la *accusatio suspecti tutoris*, no implica necesariamente que aludiera exclusivamente a ese recurso procesal. Además, suponiendo que esa suposición fuera cierta, no cabe duda de que Cicerón habría optado por hacer referencia expresamente a ese recurso procesal y no utilizar una formulación tan genérica como la mención de la represión del *dolus malus*.

En realidad, la utilización de una fórmula tan ambigua solo pone de manifiesto que Cicerón tenía constancia de que la ley de las XII Tablas sancionaba el *dolus malus* del tutor, sin que puedan obtenerse más conclusiones. La ausencia de otras referencias a este respecto nos lleva a mantener la prudencia, señalando únicamente que esa mención podía aludir tanto a ambos recursos procesales como solo a uno de ellos. En todo caso, lo que parece evidente es que ninguna de las dos acciones a las que hacemos referencia habrían recibido esa denominación en época decenviral.

³¹ En este sentido, Cicerón, *de officiis* 3.14.16: *cum esset aliud simulatum, aliud actum*, defiende la misma concepción que ya habían establecido Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo, quienes consideraban la simulación como el elemento esencial del *dolus malus*. De acuerdo con Ulpiano, *11 ad Ed.*, D. 4.3.1.2, Servio Sulpicio Rufo lo definió como “*machinationem quondam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur ed aliud agitur...*”.

De acuerdo con las conclusiones obtenidas en el capítulo anterior, parece que la afirmación sobre la represión de los comportamientos dolosos cometidos por el tutor habría hecho referencia tanto a la *actio rationibus distrahendis*³² como a otros recursos procesales. Sin embargo, el testimonio de Cicerón no resulta determinante a la hora de decantarse en favor o en contra del origen decenviral de la *accusatio suspecti tutoris*. Desde nuestro punto de vista, consideramos que una conclusión en este sentido solo puede alcanzarse a través de un análisis que se remonte a los orígenes de la institución tutelar y comprenda su posterior evolución en el tiempo.

Como hemos venido destacando a lo largo del presente trabajo de investigación, la primera forma de tutela conocida por los romanos se concebía como una potestad deferida en función de las relaciones de parentesco con el pupilo. La designación del tutor se articulaba en paralelo a la ordenación de la sucesión hereditaria, pues este cargo correspondía a los herederos del pupilo. De esta manera se promovía una administración adecuada del patrimonio pupilar, pues el tutor sería el primer interesado en conservar unos bienes que podían llegar a pertenecerle.

Esta primera forma de tutela se desarrollaba en un ámbito estrictamente familiar, de acuerdo a las normas que regulaban la sucesión legítima y con el objetivo último de proteger la noción de continuidad familiar. La designación tutelar se concibe como un mecanismo de protección del patrimonio doméstico, que debe ser protegido incluso por encima de la voluntad del propio titular de ese derecho potestativo. Por esa razón, se trataba de una designación inamovible³³, es decir, que no requería de ningún acto de aceptación por parte del tutor, pero tampoco podía renunciar a ella.

Ahora bien, tenemos constancia de que la *accusatio suspecti tutoris* tenía como finalidad remover al tutor sospechoso del cargo. A pesar de que la exposición general de Ulpiano no recoge ningún fragmento que aborde las consecuencias que conllevaba la condena como tutor sospechoso, el propio jurista recuerda que este recurso procesal se encontraba entre las causas de finalización de la tutela.

Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.4: *Praeterea si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor.*

³² Vid. *supra* capítulo VII apartado 2.

³³ Vid. *supra* capítulo VI apartado 1.2.

Una consecuencia procesal de estas características resultaba incompatible con la primera designación tutelar, ordenada de acuerdo con la sucesión legítima e inamovible. Ahora bien, los romanos debían contar desde el primer momento con algún recurso que evitase que en el caso de que se hubiera constatado alguna malversación por parte del tutor legítimo, este siguiera administrando los bienes del pupilo. En este sentido, puede imaginarse que el tutor sería apartado de la administración tutelar, aunque mantendría la condición, dado que era un cargo inamovible, de tutor legítimo.

La posibilidad de remover al tutor del cargo únicamente se plantea a partir de la aparición de la tutela testamentaria, que requería de un acto de aceptación y podía ser rechazada a través de la *abdicio tutelae*³⁴. Teniendo en cuentas estas características, cabe pensar que los romanos hubieran tomado como referencia las sanciones impuestas a los tutores legítimos para diseñar la *accusatio suspecti tutoris*, que habría posibilitado expulsar del cargo, y no solo de la administración, a aquellos tutores testamentarios que habían realizado algún comportamiento sospechoso.

Esta reconstrucción explicaría que Ulpiano hubiera usado el término *descendere* para hacer referencia a su origen decenviral, pues en realidad la *accusatio suspecti tutoris* nunca habría estado contemplada en ninguna disposición decenviral, sino que se habría elaborado tomando como punto de partida las sanciones que originariamente se imponían a la única forma de tutela conocida. En este sentido, parece correcto afirmar que “*suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*”.

³⁴ Vid. *supra* capítulo VI apartado 1.3.

3. NATURALEZA DE LA *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS*

3.1. *EX QUIBUS CAUSIS SUSPECTI REMOVEANTUR*

Al igual que procedimos en el caso de la *actio rationibus distrahendis*, antes de profundizar en el análisis sobre la naturaleza originaria de la *accusatio suspecti tutoris* consideramos oportuno ocuparnos de las causas que motivaban el ejercicio de la acción. Aunque las fuentes no aportan un elenco de causas concretas, tenemos constancia de la existencia de un fragmento perteneciente siempre al libro 35 *ad Edictum* de Ulpiano en el que se hacía referencia a los comportamientos perseguibles.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.5: *Nunc videamus, ex quibus causis suspecti removeantur. Et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus iam tutor (...).*

La parte del texto³⁵ que hemos reproducido comienza señalando que la *accusatio suspecti tutoris* podía ejercitarse cuando el tutor hubiera obrado dolosamente, para a continuación desglosar una serie de conductas que podían propiciar la acusación, entre las que se cuentan la malversación del patrimonio familiar, el fraude en su gestión o la mala gestión de los asuntos pupilares.

Ciertamente Ulpiano utiliza categorías muy genéricas para referirse a todo un conjunto de comportamientos que pueden reprocharse al tutor. Es posible que utilizase estos términos con la intención de preservar la esencia de un recurso procesal que desde sus orígenes se habría caracterizado por su enorme amplitud. Estos rasgos concordarían perfectamente con la hipótesis que propusimos anteriormente acerca de la posibilidad de que la cláusula edictal en la que se fundamentaba la exposición general de Ulpiano hubiera recogido una redacción en términos muy generales.

Todo parece apuntar a que se trataba de actuaciones dolosas que, debido a su enorme variedad, no podían recogerse en un *numerus clausus*. La propia concepción del término “*suspectus*” repudia la posibilidad de realizar una enumeración de las causas alegables para incoar un proceso contra el tutor acusado como sospechoso. Se trata de una expresión vaga e imprecisa por su propia naturaleza y finalidad.

³⁵ En relación con la segunda parte del fragmento, que se refiere al momento en que podía ejercitarse la acusación, *vid. infra* capítulo VIII apartado 6.1.

En las fuentes romanas la expresión aparece ligada tanto a personas como a cosas materiales o intangibles. Con respecto a la concepción más extendida, además del tutor, también podían ser considerados sospechosos los procuradores³⁶, los familiares³⁷, los herederos³⁸, los esclavos³⁹, los reos⁴⁰ o las personas que realizasen u omitiesen una determinada actuación⁴¹. Sin embargo, junto a esta noción que denota desconfianza, Gayo también utiliza el término para referirse a personas que simplemente dudan de sus propios recursos económicos⁴². En relación con los bienes patrimoniales, la expresión se utilizaba para hacer referencia a una herencia que se encontrase en situación dudosa⁴³, pero también para referirse a litigios⁴⁴, a las facultades o derechos que ostenta una persona⁴⁵, en relación con ciertas actitudes⁴⁶ o incluso asociada a bienes tangibles como podían ser las tablas que conformaban un testamento⁴⁷.

La variedad de significados que presentaba el término *suspectus* demuestra que tenía un carácter esencialmente genérico, es decir, que buscaba englobar una pluralidad de conductas que por su diversidad resultaba difícil enumerar. En el caso de nuestra *accusatio*, la calificación como tutor sospechoso posiblemente estaba diseñada de este modo para poder abarcar cualquier tipo de conducta dolosa o fraudulenta que el tutor pudiera realizar durante el desempeño de su cargo.

³⁶ Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 3.3.19; 25.

³⁷ Así, por ejemplo, las fuentes aluden al padre de vida sospechosa (Ulpiano, 8 *ad Ed.*, D. 3.3.8), al marido de vida sospechosa (Ulpiano, 23 *ad Sab.*, D. 32.50 pr.) o al abuelo encargado del cuidado de su nieto (Pomponio, 4 *ad Sab.*, D. 37.4.16).

³⁸ Juliano, 44 *dig.*, D. 41.4.7.5 y Ulpiano, 2 *de omn. trib.*, D. 42.5.31.

³⁹ Pueden ser sospechosos de cometer algún delito, como por ejemplo el adulterio (Ulpiano, 4 *de adult.*, D. 40.9.12.6) o la apropiación de bienes de la herencia (Ulpiano, 8 *de off. procons.*, D. 48.18.1.6).

⁴⁰ Los reos sospechosos de haber cometido un delito pueden ser sometidos a tormento (Ulpiano, 8 *de off. procons.*, D. 48.18.1.1)

⁴¹ Puede tratarse de personas que fueran consideradas sospechosas genéricamente (Ulpiano, 14 *ad Ed.*, D. 2.8.7.2; Paulo, 1 *s. de off. adsess.*, D. 3.3.73; Gai. 4.102), o sobre las que recae la sospecha por un comportamiento concreto como podía ser no otorgar caución (Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.29.3.10) o el caso del vendedor que se comporta de forma sospechosa (Marciano, 1 *de apellat.*, D. 49.1.4.3).

⁴² *Vid.* Gai. 2.154.

⁴³ Esta misma idea se encuentra recogida en D. 2.12.2, D. 12.6.34, D. 17.1.32, D. 28.5.84.1, D. 28.7.19, D. 29.5.23 y 24, D. 35.1.44.5 y también en numerosos pasajes del libro XXXVI del Digesto, referido al Senadoconsulto Trebeliano.

⁴⁴ Puede ser sospechosa la colusión entre herederos instituidos y la persona que acusa de testamento inoficioso (Ulpiano, 5 *opin.*, D. 5.2.29)

⁴⁵ Paulo, 16 *resp.*, D. 16.1.29.

⁴⁶ Como pueden ser la forma de morir (Paulo, 5 *sent.*, D. 34.9.21), la sospecha de falsa confesión (Ulpiano, 8 *de off. procons.*, D. 48.18.1.27) o la sospecha de facilidad para mentir (Calistrato, 5 *de cogn.*, D. 48.18.15.1).

⁴⁷ *Vid.* Gayo, 17 *ad Ed. prov.*, D. 29.3.1.2.

La ambigüedad del término *suspectus* encajaba perfectamente con el objetivo perseguido por la *accusatio suspecti tutoris*, que no era otro sino sancionar las acciones que se desviaban de la *fides* que los tutores debían observar en todas sus actuaciones. Esa parece ser la idea que quería transmitir precisamente el fragmento de Ulpiano, pues en la práctica se podía ejercitar la acusación contra todo tutor que gestionase la tutela contrariamente a los dictados de la *fides*.

Ahora bien, las actuaciones que vulneraban la *fides* también debieron variar conforme evolucionó la tutela. En un primer momento, dado que la tutela se concebía como una potestad en favor del tutor y este no se encontraba obligado a gestionar activamente el patrimonio pupilar, cabe pensar que la *accusatio suspecti tutoris* sólo podría ejercitarse si actuaba dolosamente contra los intereses del pupilo. Sin embargo, desde el momento en que la tutela se convierte en un *officium*, la responsabilidad del tutor debió ir trascendiendo los comportamientos dolosos⁴⁸.

Esa nueva concepción de la tutela y las consecuencias que habría provocado en relación con la aplicación de la *accusatio suspecti tutoris* se perciben con especial claridad en el pasaje de las Instituciones de Justiniano.

Inst. 1.26.5: *Suspectus est autem et qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut Iulianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Iulianus scripsit, et secundum eum constitutum est.*

El texto parece suponer que la interpretación de Juliano implicó una ruptura con respecto a la interpretación dominante hasta ese momento. Desde que la percepción de la tutela se consolida como un *munus publicum* se exige una gestión efectiva a su titular, que puede ser acusado como sospechoso desde el momento en que accede al cargo, incluso aunque no haya realizado ningún acto de gestión. Y esto se debe precisamente a que se entiende que sus deberes incluyen ahora realizar una gestión efectiva⁴⁹.

⁴⁸ A este respecto, LAURIA, M., *Periculum tutoris*, cit., p. 285, afirma que “per i giuristi classici fino a Ulpiano, la responsabilità del tutore non è commisurata secondo criterii tecnici (...). La misura e valutazione della responsabilità (‘pericolo suo esse’) è tutta nella ‘fides’”.

⁴⁹ Dado que en durante la época clásica se tiende a unificar el régimen jurídico de la tutela de acuerdo a la ordenación de la *actio tutelae*, es lógico que si esta acción se ejercitaba cuando se descuidaban los deberes basados en la “*fides et diligentia*” (Gai. 1.200; Pomponio, 16 *ad Q. Muc.*, D. 27.5.4), la *accusatio suspecti tutoris* terminase aplicándose también en esos casos.

En este sentido, las fuentes tardoclásicas recogen una serie de supuestos en los que se observan actuaciones fraudulentas del tutor - aparte de las conductas referidas en el fragmento de Ulpiano que abría nuestro análisis, cabe destacar la utilización de expresiones como *male gerere*⁵⁰, *male versari in tutela*⁵¹, *non recte administrare*⁵² o el empleo del término *fraus* en relación con la actuación del tutor sospechoso⁵³-, pero al mismo tiempo se persiguen otra clase de comportamientos culposos o en los que simplemente se valora la existencia de posibles riesgos para el pupilo.

La mayor parte de estos supuestos proceden de la obra de Ulpiano, que presenta estas situaciones sin seguir un orden sistemático. Así encontramos desde actuaciones fraudulentas encaminadas a obtener el cargo de tutor, vulneraciones de los deberes de asistencia debidos al pupilo y, sobre todo, conductas inadecuadas en el marco de la administración tutelar. Entre todos estos supuestos se incluyen tanto actos dolosos del tutor como toda clase de conductas culposas o en las que media ineptitud o impericia por parte del tutor. En este sentido, parece que la enumeración responde a un proceso de sedimentación jurisprudencial en virtud del cual se fue paulatinamente delimitando el alcance de la *accusatio suspecti tutoris*.

Con respecto a la casuística contemplada en las fuentes clásicas, sabemos que la acusación podía ejercitarse cuando el tutor no comparecía para prestar los alimentos debidos al pupilo⁵⁴ o si en el desempeño de sus funciones realizaba actos que causaran perjuicio al patrimonio pupilar, como pudieran ser la venta de bienes que no podían ser enajenados sin decreto previo del pretor⁵⁵, cuando no acumulaba fondos para la compra de predios o no mantenía en depósito el dinero del pupilo hasta que surgiera una buena ocasión de invertir⁵⁶, también si dejaba de reclamar una herencia en favor del pupilo⁵⁷,

⁵⁰ Vid. Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.1.

⁵¹ Vid. Ulpiano, l. s. de off. praet. urbi, D. 1.12.1.7; Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.7.3.2; D. 26.10.3.8.

⁵² Vid. C.I. 5.43.6.1 (a. 238).

⁵³ ⁵³ Como hemos analizado en el apartado anterior, un rescripto del emperador Caracalla ya contemplaba la posibilidad de que se pudiera ejercitar la *accusatio suspecti tutoris* si se observaba una administración fraudulenta de del tutor respecto al patrimonio pupilar, vid. *supra*. C.I. 5.43.1 (a. 212); además, cfr. Ulpiano, l de omn. trib., D. 26.10.2; Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.8; 11; 13; 18; C.I. 5.43.4 (a. 229); C.I. 5.43.5 (a. 233); C.I. 5.43.6.2 (a. 238); C.I. 5.47.1 (a. 197).

⁵⁴ Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.14; cfr. Ulpiano, 39 ad Sab., D. 26.2.6; Ulpiano, l de omn. trib., D. 26.10.7.2; Inst. 1.26.9-10.

⁵⁵ Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.13.

⁵⁶ Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.16.

⁵⁷ Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.17.

cuando se abstenía en la atención de la gestión tutelar ya iniciada⁵⁸, desistía de un litigio ya iniciado en interés del pupilo⁵⁹, no prestaba la *satisfactio*⁶⁰ o rehusaba realizar un inventario antes de ocupar el cargo⁶¹.

Por otra parte, se conocen otros supuestos de acusación por simple ineptitud o incapacidad a la hora de desempeñar las funciones tutelares. Así, las fuentes reconocían la posibilidad de remover al tutor en casos de pereza, rusticidad, impericia, simplicidad o simple ineptitud⁶², pero también en supuestos de pura desidia en la administración de los asuntos pupilares⁶³. Así se explica que Ulpiano señalase que la acusación terminó extendiéndose a casos de negligencia en el desempeño de sus funciones, pues como indica el jurista, se trata de un nivel de responsabilidad que va más allá del fraude

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.7.1: *Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.*

Por último, las fuentes refieren un conjunto de casos en los que se admitía la acusación contra tutores que ni siquiera llegaron a gestionar el patrimonio pupilar, bien porque no comparecieron⁶⁴, no prestaron la *cautio rem pupilli salvam fore*⁶⁵ o porque su nombramiento se consideraba un peligro para los intereses del pupilo, como sucedía cuando se tenía noticia de que el tutor era enemigo del pupilo o de sus ascendientes⁶⁶. E incluso se llega a considerar que los malos hábitos del tutor pueden convertirle en una persona sospechosa y, por tanto, merecedora de remoción⁶⁷.

Ulpiano, *61 ad Ed.*, D. 26.10.8: *Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.*

⁵⁸ Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.7.5.2.

⁵⁹ C.I. 5.37.28.1 (a. 531).

⁶⁰ C.I. 5.42.2 (a. 260).

⁶¹ C.I. 5.51.13.3 (a. 530).

⁶² Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.3.18.

⁶³ *Vid. supra* Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4.4.

⁶⁴ *Vid. supra* Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.7.3; C.I. 5.43.3 (a. 229).

⁶⁵ C.I. 5.42.2 (a. 260).

⁶⁶ Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.3.12.

⁶⁷ *Vid. Inst.* 1.26.13.

Este último pasaje resulta ciertamente relevante a nuestros efectos, pues por un lado recuerda que las malas costumbres del tutor pueden justificar su condición de sospechoso, pero al mismo tiempo descarta que la pobreza pueda ser causa de tal remoción. Si bien es cierto que la pobreza se contaba entre las causas que justificaban la *excusatio* del cargo de tutor en época clásica⁶⁸, la pobreza del tutor no puede justificar su remoción como sospechoso por sí misma, aunque si se trata de una situación que podría terminar desembocando en la remoción del tutor.

En esta línea debe interpretarse también el rescripto del emperador Gordiano III, en el que se indica que en caso de percibirse peligro para el patrimonio pupilar a causa de la pobreza de los tutores, puede nombrarse un curador adjunto.

C.I. 5.43.6.2: *Imperator Gordianus A. Felici. Quod si nihil in fraudem egerunt, verum ita egeni sunt, ut in eorum administratione fratris tui filiorum substantia periclitetur, an eis iniungendus sit curator, qui idoneis facultatibus sit, rector provinciae aestimabit* (a. 238).

De esta forma se comprende como la *accusatio suspecti tutoris* habría tendido a extender el alcance de la responsabilidad de los tutores no atendiendo a la cantidad que se hubiera defraudado, sino a la situación de riesgo que se generaba para el pupilo⁶⁹. En consecuencia, la persecución inicialmente circunscrita a actuaciones dolosas se habría extendido también a supuestos de culpa y negligencia.

⁶⁸ Paulo, 2 *sent.*, D. 27.1.40.1: *Paupertas, quae operi et oneri tutelae inpar est, solet tribuere vacationem. Cfr. Inst. 1.25.6; Frag. Vat. 185.*

⁶⁹ C.I. 5.43.5: *In postulandis suspectis tutoribus seu curatoribus non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter, nihil fraudulenter geratur, perpendi oportet* (a. 233).

3.2. UNA ACCIÓN PENAL MIXTA

De acuerdo con las conclusiones que hasta este momento hemos alcanzado en relación con la *accusatio suspecti tutoris*, sabemos que se trataba de un recurso procesal que descendía, con todas las precauciones que implica ese término, de las XII Tablas y que originariamente estaba encaminada a sancionar el *dolus malus* del tutor. Al igual que sucedía con la *actio rationibus distrahendis*, se trataba de una acción anclada en el *ius civile*, pero de naturaleza eminentemente penal. Ahora bien, debemos ocuparnos de las notables diferencias que existen entre estas dos acciones.

Como es bien sabido, la represión penal en la antigua Roma aparece fundada en principios de carácter religioso que se utilizaban para sancionar los comportamientos ilícitos entre particulares. Las autoridades públicas, representadas originariamente por la figura del monarca, solo habrían comenzado a intervenir en el ámbito penal cuando se constataba la transgresión de ciertas normas de conducta que vulneraban la convivencia social y, sobre todo, cuando se veía afectada la *pax deorum*⁷⁰.

Sin embargo, durante la época arcaica todavía no puede hablarse de un sistema ordenado de normas jurídicas encaminadas a reprimir los comportamientos criminales de los ciudadanos romanos, pues el ordenamiento jurídico únicamente contaba con un conjunto de prescripciones penales que prohibían realizar ciertas actuaciones criminales, estableciendo las correspondientes sanciones, generalmente de naturaleza religiosa, para el supuesto de que se incumplieran esas disposiciones.

No obstante, incluso con la escasa información que se ha conservado sobre estas primeras disposiciones represivas, todavía se puede distinguir claramente entre ciertos comportamientos de menor gravedad (*scelera expiabilia*), que imponían la obligación de que el infractor realizase alguna ofrenda expiatoria o *piaculum*, y aquellas conductas que, al vulnerar alguno de los principios esenciales de la convivencia social romana, implicaban una violación especialmente grave de la *pax deorum* (*scelera inexpiabilia*) y, en consecuencia, no podían solventarse con una simple ofrenda.

⁷⁰ En relación con la intervención de las autoridades públicas en materia penal durante la época arcaica, SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., p. 1 sostiene que “soltanto in casi particolari, nei quali il fatto criminoso appare come un’infrazione alla pax deorum, alla relazione cioè di pace e di amicizia che deve perennemente sussistere tra la civitas e i suoi dei, lo stato ritiene necessario interporre la propria opera per il ristabilimento dell’ordine turbato”.

Sobre la base de esa distinción plasmada en las XII tablas se habría comenzado a establecer la diferenciación entre *delicta* y *crimina*. En este sentido, hemos destacado que la *actio rationibus distrahendis* encajaba mejor con la naturaleza de los primeros, en cuanto que sancionaba un comportamiento ilícito a través de un procedimiento civil ordinario iniciado a instancia de la víctima y que tenía como finalidad la imposición de una condena de carácter pecuniario. Por el contrario, no resulta tan claro determinar esta naturaleza en el caso de la *accusatio suspecti tutoris*.

Aunque no contamos con referencias textuales que aporten alguna información acerca de la represión de los tutores fraudulentos en época arcaica, todo induce a pensar que de haber existido una regulación a este respecto, se habría considerado que estos comportamientos implicaban una gran trascendencia religiosa⁷¹. Cualquier actuación fraudulenta por parte del tutor conllevaba una ruptura de la *fides*, es decir, se violentaba el compromiso adquirido ante los dioses⁷². Por ese motivo, desde la mentalidad arcaica se entendía que debían ser castigados con severidad.

A este respecto tenemos noticia de que desde los tiempos del rey Rómulo se sancionaba con nada menos que la *consecratio capitis et bonorum*⁷³ a todos aquellos ciudadanos romanos que hubieran vulnerado las obligaciones de fidelidad que debían informar las relaciones de confianza recíproca entre patronos y clientes⁷⁴. Si bien es cierto que nada se dice de los tutores fraudulentos, se trata de un supuesto con notables paralelismos, en cuanto que sanciona con especial dureza la ruptura de la arcaica noción de la *fides* en un plano de confianza dentro del ámbito familiar.

⁷¹ BELLINI, F., *Delicta e crimina nel sistema giudiziario* (Milán, 2012), p. 86, explica que la calificación de un acto como *crimen* se justificaba en que vulneraba la *pax deorum* o en que atentaba contra las instituciones de forma tan grave, que afectaba a la sensibilidad de los ciudadanos.

⁷² A este respecto, FIORI, R., *Fides e bona fides*, cit., p. 247, destaca que “la stessa invocazione delle divinità nei giuramenti deve essere compresa in questo contesto: il giurante richiama la *fides* degli dèi a testimonianza e garanzia del proprio impegno, a corroborare la propria *fides*, né più né meno di quanto potrebbe fare chiedendo l'intervento di un garante o testimone umano, perché gli dèi sono essi stessi – benché a un livello gerarchico superiore – parte del cosmo ordinato. Cossiché l'offesa che lo spergiuro arreca agli dèi non deriva dalla menzogna in sé, ma dall'aver invocato la loro *fides*, la loro garanzia e testimonianza, e dall'aver conseguentemente violato l'ordine cosmico su cui poggia la *pax deorum*”.

⁷³ De acuerdo con el testimonio de SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., p. 26, cualquiera que ofendiese gravemente a los dioses podía ser considerado *sacer*, lo que conllevaba la privación de todos sus bienes en favor de la divinidad ultrajada (*consecratio bonorum*), así como la posibilidad de ser ejecutado libremente por cualquier persona (*consecratio capitis*).

⁷⁴ Dion. Hal., *Ant. rom.* 2.10.3.

Pero independientemente de la sanción que se impusiera al tutor que incumplía los compromisos adquiridos a través del juramento que prestaba al acceder al cargo, no cabe duda de que originariamente esa ruptura de la *fides* implicaba una infracción que trascendía con mucho la vulneración de los derechos particulares de los pupilos o de sus familiares. Se concebía como una ofensa a los valores esenciales de toda la comunidad. Por esa razón, tendemos a creer que los comportamientos sancionados con la *accusatio suspecti tutoris* no debieron englobarse posteriormente en la categoría de los *delicta*, sino que más bien presentaban cierta naturaleza criminal.

Aunque se trata de una cuestión todavía controvertida en el seno de la doctrina, buena parte de los autores que se han ocupado de la materia se manifiesta, aunque no sin ciertas reservas, en favor de esa pretendida naturaleza criminal⁷⁵. En apoyo de esta interpretación se tienden a aducir diversos argumentos.

El primero se refiere al ámbito terminológico, pues las fuentes clásicas utilizan denominaciones inequívocamente criminales en alusión a la *accusatio suspecti tutoris*⁷⁶. A estos efectos, resulta especialmente llamativa la muy reiterada utilización del término “*crimen*” en los comentarios al Edicto de Ulpiano.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1: *Primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur, deque poena suspecti.*

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.2: *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere.*

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.3: *Sed et si quis curam ventris bonorumve administrat, non carebit huius criminis metu.*

⁷⁵ Destaca por encima de todos, la opinión de FADDA, C., *L'azione popolare: studio di diritto romano ed attuale. I, Parte storica. Diritto romano* (Turín, 1894, reimp. Roma, 1972), pp. 43 ss., quién ha defendido vehementemente el carácter criminal de la acción, recogiendo los testimonios, en el mismo sentido, de destacados romanistas como Bruns, Pernice o Voigt. También parecen inclinarse en favor del carácter público de la acción otros autores como VOLTERRA, E., *Istituzioni*, cit., p. 105; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, cit., p. 547; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 166; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 363; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 259 nt. 163.

⁷⁶ FADDA, C., *L'azione popolare*, cit., p. 45, señala que “si suole infatti parlare di *accusatio*, *postulatio*, *crimen*, espressioni che sembrano ripugnare all'indole puramente civile”.

Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.7: *Idem erit quaerendum et si proponas aliquem desisse esse tutorem et rursum coepisse (ut puta usque ad tempus vel ad condicionem erat datus, deinde iterum vel superveniente condicione testamentaria vel etiam a praetore postea datus est), an suspectus postulari possit. Et quia duae tutelae sunt, si est, qui eum tutelae iudicio conveniat, aequissimum erit dicere cessare **crimen suspecti**.*

Sin embargo, debemos tener en cuenta que durante la época antigua el término *crimina* todavía no se encontraba perfectamente definido en contraposición a los *delicta*. Contraposición que, por lo demás, tampoco se muestra nítida en las fuentes clásicas, pues ambos términos son empleados, en múltiples ocasiones, de forma indistinta por los juristas de ese período. Tanto es así, que si bien es cierto que en numerosas ocasiones se habla de *accusatio*, *postulatio* o *crimen* para referirse a nuestra *accusatio*, las fuentes también se refieren a ella como *delictum*⁷⁷.

En este sentido, nuevamente, acudimos a la obra de Ulpiano:

Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.5: *Nunc videamus, ex quibus causis suspecti removeantur. Et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus iam tutor. Quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela, non potest suspectus tutor postulari, quia **delictum tutelam praecessit**. proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatae hereditatis crimine, si minus, furti.*

Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.6: *Quaeri potest, si tutor fuerit pupilli idemque sit curator confirmatus adolescenti, an possit ex **delictis tutelae suspectus postulari**. Et cum possit tutelae a concuratoribus conveniri, consequens erit dicere cessare suspecti accusationem, quia tutelae agi possit deposito officio et alio sumpto.*

⁷⁷ En relación con esta variada terminología, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., pp. 500-501, mantiene que es posible que antiguamente se utilizase la expresión *crimen suspecti tutoris* para referirse a los casos más graves y, de este modo, diferenciarlos de aquellos otros supuestos de menor gravedad, que ni siquiera llevaban aparejada la nota de infamia.

En segundo lugar, los defensores de la naturaleza criminal de la *accusatio suspecti tutoris* han destacado las sorprendentes similitudes que guardaría con el procedimiento criminal ordinario. En este sentido, las fuentes clásicas nos indican que la acusación podía ser ejercitada por cualquier persona⁷⁸, que se emitía una sentencia de carácter infamante para el condenado⁷⁹ y que la resolución debía ser precedida de una discusión contradictoria entre las partes. Se trata, en efecto, de características que también se contemplan en el procedimiento criminal ordinario.

Sin embargo, estos argumentos tampoco resultan definitivos. Por un lado sabemos que estas características aparecen reflejadas en las fuentes clásicas, pero no consta que estuvieran presentes desde la aparición de la *accusatio suspecti tutoris*. Pero además hay que señalar que tanto la naturaleza popular de la acción, como la nota de infamia y el carácter contradictorio del proceso son elementos procesales compatibles con los juicios privados⁸⁰ y, por tanto, no exclusivos de los procedimientos criminales.

Por último, no debemos olvidar que a pesar de que anteriormente hemos señalado la posibilidad de que los comportamientos fraudulentos del tutor fuesen sancionados de manera grave como sucedía en el caso de la ruptura de la confianza recíproca entre los patrones y clientes, lo cierto es que los únicos testimonios que se conservan en relación con la pena impuesta en estos casos aluden únicamente a la remoción del tutor del cargo cuando ha sido condenado como sospechoso.

Aunque esta clase de sanción pudiera significar un importante descrédito social y la pérdida de ciertos derechos, no parece que pudiera equipararse a las graves sanciones asociadas a los *crimina*⁸¹. Pero al mismo tiempo, tampoco encaja con la pena pecuniaria que se imponía como reproche penal en los ilícitos de carácter delictual. En realidad, nos encontramos nuevamente con otro elemento procesal desconcertante, que por un lado dificulta afirmar la originaria naturaleza criminal de la *accusatio suspecti tutoris*, aunque tampoco permite rechazar esta posibilidad por completo.

⁷⁸ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.6. Sobre el carácter popular de la acción, *vid. infra* en este capítulo apartado 7.1.

⁷⁹ *Frag. Vat.* 340; Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 3.3.39.7.

⁸⁰ Como reconoce el propio FADDA, C., *L'azione popolare*, cit., p. 45.

⁸¹ SANTALUCIA, B., *Studi di diritto penale romano* (Roma, 1994), p. 238, explica que en la época republicana avanzada las sanciones penales en un proceso público presentaban carácter patrimonial o personal. En general, consistían en la condena a muerte, la realización de trabajos forzados, el exilio, la confinación o el pago de una cierta cantidad de dinero.

A la vista de estas informaciones, nos vemos obligados a reconocer que no resulta posible afirmar con un razonable grado de certidumbre cuál era la naturaleza originaria de la *accusatio suspecti tutoris*. En este sentido, algunos autores se han decantado por aludir a una imprecisa naturaleza mixta⁸², que mezclaría algunos elementos de carácter criminal con otros de naturaleza privatística.

Desde nuestra perspectiva consideramos que a partir del origen indiscutiblemente penal de este recurso procesal, en un primer momento debió ser reprimido duramente a través del arcaico proceso penal, de marcado carácter sacral y solo en época republicana se habría planteado la cuestión en torno a su naturaleza, en función del tipo de represión penal que se hubiera empleado para resolver esta clase de procesos: la *coercitio* de los magistrados republicanos, la persecución privada de los delitos o los juicios populares propios de los ilícitos criminales. De esta forma, la respuesta nos remite directamente al tipo de procedimiento empleado en época antigua.

⁸² En este sentido se han pronunciado autores como GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, cit., p. 547 o BURDESE, A., *Diritto Pubblico Romano* (Turín, 1990), pp. 233 ss.; aunque quizás la explicación más ilustrativa se encuentre en la obra de LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., p. 33, quién se refería a una posición intermedia entre lo privado y lo público porque consideraba que privar del *ius tutelae* no concordaba con el ámbito de la jurisdicción privada, pero como las actuaciones fraudulentas realizadas por el tutor se enmarcaban dentro de su ámbito de actuación potestativo, tampoco consideraba que pudiera clasificarse como un verdadero *crimen*.

4. PROCEDIMIENTO DE LA *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS*

4.1. SOBRE LA *COGNITIO* REFERIDA EN LAS FUENTES CLÁSICAS

A pesar de que la exposición recogida en el Digesto no se refiere expresamente al procedimiento utilizado para resolver los supuestos de *accusatio suspecti tutoris*, disponemos de abundante información al respecto. En este sentido, diferentes fuentes procedentes de las obras de distintos juristas clásicos emplean el término “*cognitio*” en relación con esta clase de procesos.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.1: (...) *Sed si patronum suum ut suspectum in tutela facere velint, melius est liberos ab accusatione repelli, ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat, cum hoc aliis omnibus pateat.*

Papiniano, 5 *resp.*, D. 26.10.11: *Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris quamvis pridem recepta solvitur.*

Julio Aquila, *lib. resp.*, D. 26.10.12: *Nihil proponi, cur praescribere curator possit in cognitione suspecti, quo minus religio praetoris a pupillari servo detegente fraudes instruat.*

De la lectura de las fuentes queda meridianamente claro que el procedimiento, al menos desde la época clásica, venía configurado en la forma de una *cognitio* pretoria⁸³. Esta clase de procesos se habrían caracterizado por sustanciarse en una única instancia ante un pretor, quién haciendo uso de sus facultades jurisdiccionales, contaría con una amplia libertad de apreciación para determinar si efectivamente el tutor había cometido actuaciones fraudulentas y debía ser condenado como sospechoso.

No debe sorprender que los procesos de *accusatio suspecti tutoris* se resolvieran a través de una *cognitio* pretoria, pues teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el pupilo, la celeridad resultaría fundamental. En este sentido, tendría más sentido acudir a la intervención directa de un pretor que, tras realizar las correspondientes averiguaciones, decretaría la remoción del tutor que presumiblemente venía cometiendo actuaciones fraudulentas en perjuicio del patrimonio pupilar.

⁸³ En relación con la utilización del término *cognitio*, D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 180, señala que no solo se habría utilizado para aludir a la actividad jurisdiccional del magistrado realizada durante la fase *in iure* en los procedimientos del *ordo iudiciorum privatorum*, sino también en relación con algunos expedientes complementarios sustanciados por el pretor.

El proceso comenzaría, necesariamente, con la presentación de una *postulatio* dirigida al magistrado correspondiente, mediante la que el demandante solicitaría que se le reconociese legitimación para acusar al tutor sospechoso. Se trataría de una instancia previa a la acusación⁸⁴, en la que el magistrado debería averiguar si la parte demandante cumplía todos los requisitos para ser parte en el proceso y, de esta forma, descartar que existiesen causas de incompatibilidad para presentar la *accusatio*.

Tras superarse el trámite de la *postulatio*, la parte demandante se encargaría de presentar la acusación en sentido estricto. El magistrado debería aceptar la acusación (*cognitio recepta*) para que prosiguiera el proceso. Esta realidad se refleja con claridad en un texto de Ulpiano, cuando señala que el pretor podía admitir la acusación – por tanto, también podía denegarla – cuando considerase que la acusación proveniente de una mujer estaba movida por la compasión hacia el pupilo.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.7: *Quin immo et mulieres admittuntur (...) et si qua alia mulier fuerit, cuius praetor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere iniuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.*

Además de desencadenar el comienzo del proceso, la aceptación de la acusación por parte del magistrado suponía la suspensión de todas las potestades administrativas del tutor acusado como sospechoso mientras durase el proceso. Esta precaución, cuya finalidad principal radicaba en evitar que el tutor acusado como sospechoso pudiera seguir causando perjuicios sobre el patrimonio del pupilo, aparece atribuida a Papiniano en un pasaje de las Instituciones de Justiniano⁸⁵.

⁸⁴ LAFFI, U., *Studi di storia romana e di diritto* (Roma, 2001), p. 573, explica que desde la época postclásica el término *postulatio* se consideraba un sinónimo de *accusatio*. Y aunque los compiladores lo interpretaron en ese sentido, no parece que se entendiera así durante la época clásica. En este sentido, a lo largo del libro XXVI del Digesto aparecen fragmentos atribuidos a los comentarios de Ulpiano al Edicto en los que no parece que exista esa perfecta correlación entre los términos *postulatio* (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.5 pr.; D. 26.10.1 pr.; 1; 4; 6; D. 26.10.3.5; 6; 7; 9; 10; 11; 17) y *accusatio* (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.7; 8; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.1; 4; 6). De hecho, la utilización de dos conceptos distintos nos lleva a pensar que, tratándose de un texto jurídico de carácter técnico, se refería a distintas fases del proceso. Mientras que la *accusatio* representa el momento de la acusación en sentido estricto, la *postulatio* era una instancia previa en la que se verificaba que la parte demandante cumpliera con todos los requisitos para poder interponer la posterior acusación contra el tutor sospechoso.

⁸⁵ Junto a esa consecuencia directa, la suspensión de funciones del tutor también llevaba aparejados otros efectos jurídicos secundarios, como la imposibilidad de cobrar honorarios por su desempeño como tutor mientras durase la prohibición; *vid. infra* Ulpiano, 30 *ad Sab.*, D. 46.3.14.1.

Inst. 1.26.7: *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur interdicatur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

Durante el tiempo en que se mantuviese la suspensión del tutor, debía nombrarse a otra persona como tutor para que se encargase de las labores administrativas que no podía desarrollar el tutor que estaba siendo acusado. Este nuevo tutor interino debía ser designado por el magistrado y, si hubiera sido nombrado de oficio, correspondería a la madre del pupilo requerir su designación.

Trifonino, 13 disp., D. 26.6.4.2: *Sed si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit ei adiungi alios, mater eos quoque petere debet et, si non petit, incidet in sententiam constitutionis.*

Esta misma regulación parece aplicarse en provincias a tenor de un rescripto del emperador Gordiano en el año 240.

C.I. 5.43.7: Emperador Gordiano a Gorgonia: *Eum, quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, praeses provinciae iubebit. Alius tamen interea in locum eius in administratione rerum ordinandus est* (a. 240).

Una vez aceptada la acusación, se procedería a la citación del acusado, que en un primer momento correspondería a la parte acusadora, aunque con el paso del tiempo se terminaría asignando esta facultad al propio órgano judicial. En todo caso, la citación debería reflejar la pretensión de la parte acusadora, una breve exposición de los hechos denunciados y las pruebas que se iban a utilizar en contra del acusado. Por su parte, el acusado debería comprometerse a comparecer en la fecha acordada (*cautio iudicio sisti*), aunque el proceso podría tramitarse en contumacia.

Compareciendo ambas partes ante el magistrado el día estipulado, el proceso continuaría con una fase de alegaciones. En primer lugar, la parte acusadora establecería y defendería el objeto de la pretensión y, luego, el acusado tendría la posibilidad de exponer argumentos para rechazar la acusación. Escuchados los distintos testimonios, tendría lugar la *litis contestatio*, aunque esta ya no gozaba del mismo significado y valor procesal que tenía en el procedimiento formulario.

Con los términos de la controversia bien definidos, se procedería a la práctica de las pruebas aportadas por las partes. Ahora bien, a este respecto cabe destacar que la introducción del principio inquisitivo en el ámbito tutelar habría posibilitado mayores posibilidades de intervencionismo por parte del magistrado, que podría investigar por su cuenta aquellos hechos que considerase relevantes. En relación con esta cuestión, Julio Aquila recuerda que el pretor podía recabar el testimonio de los esclavos del pupilo acerca de las actuaciones fraudulentas del tutor.

Julio Aquila, *resp.*, D. 26.10.12: *Nihil proponi, cur praescribere curator possit in cognitione suspecti, quo minus religio praetoris a pupillari servo detegente fraudes instruat.*

En un primer momento, se mantuvo el criterio de la libre valoración de pruebas por parte del magistrado, pero a partir de Constantino parece que se habría instaurado el principio de la prueba reglada, lo que implicaba que las pruebas debían admitirse y apreciarse de acuerdo a algunos criterios previamente establecidos. Entre estos nuevos criterios destacaban la prevalencia de ciertos medios de prueba⁸⁶, la distribución de la carga de prueba y la admisión generalizada de presunciones⁸⁷.

Finalmente, después de haber valorado las pruebas practicadas, el magistrado emitiría un veredicto estableciendo la inocencia o culpabilidad del tutor condenado. La resolución del magistrado adoptaría la forma de *decretum*⁸⁸, que parece que ostentaba el mismo valor que una sentencia, ya que también constituía una manifestación de carácter autoritario con eficacia normativa para sus destinatarios. De hecho, varios pasajes del Digesto utilizan ambos términos como sinónimos⁸⁹.

Sin embargo, estos testimonios no terminan de aclarar la relación entre ambos términos jurídicos, que por otro lado, puede haberse visto afectada por las distintas

⁸⁶ La prueba documental prevalecía sobre la testifical, especialmente si se trataba de documentos redactados por funcionarios públicos o *tabelliones*. Por su parte, los testimonios se valoraban en función de la situación social de las personas que los prestaban y se prohibía al juez otorgar eficacia probatoria al testimonio de una única persona (*Cod. Theod.* 11.39.3 = C.I. 4.20.9.1 (a. 334)).

⁸⁷ Se admiten tanto las presunciones *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario, como las presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario.

⁸⁸ Este es el término empleado por Trifonino, *13 disp.*, D. 26.6.4.2; Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4.1; 2; Papiniano, *12 quaest.*, D. 26.10.10.

⁸⁹ *Cfr.* Juliano, *36 digest.*, D. 5.1.75; Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4.1; Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4.2; Paulo, *14 respons.*, D. 34.2.35.1

modificaciones realizadas por los compiladores con el fin de adaptar los textos clásicos al nuevo procedimiento cognitorio. Para conocer el verdadero significado del término *decretum* habría que conocer el proceso histórico en el que se despliega la actividad decretal del pretor, tarea casi imposible debido a que la inmensa mayoría de las fuentes originales se han visto afectadas por interpolaciones⁹⁰.

En todo caso, no cabe duda de que, al menos desde la época clásica, el decreto del pretor ponía fin al procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris*, que terminaría con una declaración de inocencia o culpabilidad. Si finalmente se decretaba la inocencia del tutor acusado, éste recuperaría sus funciones como administrador del patrimonio tutelar y muy posiblemente tendría la posibilidad de dirigirse contra la persona que le había demandado de manera injustificada a través de la acción de injurias⁹¹. Por el contrario, si el tutor resultaba declarado culpable, el pretor encargado del proceso podría remover definitivamente al tutor del cargo y, llegado el caso, podría incluso recurrir a otra serie de medidas complementarias contra el condenado⁹².

Una vez conocidas las principales etapas del procedimiento que se aplicaría en los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* en época clásica, podemos concluir que se trataría de un procedimiento de cognición extraordinaria, en la medida en que se resolvería en una única instancia ante un magistrado que desempeñaría un notable protagonismo en la tramitación del litigio. Sin embargo, apenas tenemos noticia de cómo se resolvían estos procesos en época antigua.

Este desconocimiento se debe a que solo disponemos de fuentes que se refieran a esta materia a partir de la época clásica y, además, estas fuentes no aluden nunca a la regulación tradicional ni tienen en consideración el testimonio de juristas anteriores que hubieran tratado la cuestión. Por esa razón, resulta ciertamente complicado reconstruir la evolución histórica de un recurso procesal que, como es el caso de la *accusatio suspecti tutoris*, hunde sus raíces en época decenviral.

⁹⁰ MANCUSO, G., «*Decretum praetoris*», en *SDHI*, 63 (1997), p. 398 ss., explica que cuando se ha intentado llevar a cabo una investigación al respecto los resultados han sido inconclusos, porque las fuentes están afectadas por los ajustes históricos realizados por los compiladores. De acuerdo con el análisis de las fuentes realizado por Mancuso (Cicerón, *in Verr.*, 2.1.50.130; 2.2.10.26; y especialmente *Rhet. ad Herenn.* 2.13.19), parece que el término *decretum* pudo haber alcanzado la eficacia de un *iudicatum* desde la época republicana tardía.

⁹¹ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 297 ss.

⁹² *Vid. infra* capítulo VIII apartado 8.1 sobre la sanción que conlleva la declaración de tutor sospechoso.

Precisamente esa carencia de fuentes ha posibilitado que germinen toda clase de teorías sobre el procedimiento originario. Las hipótesis abarcan desde consideraciones en favor de un proceso criminal⁹³ a interpretaciones que defienden la aplicación del sistema procesal de las *legis actiones*. Sin embargo, ninguna de ellas ha logrado imponerse, pues carecen de un verdadero sustento en las fuentes y en muchas ocasiones presentan interpretaciones ciertamente forzadas.

Una investigación de esta entidad requiere desprenderse de ideas preconcebidas para realizar un análisis basado en las fuentes disponibles. Una reconstrucción rigurosa del procedimiento utilizado durante la época antigua debe tomar como referencia tanto los testimonios que se conservan de la época clásica como las diversas certidumbres que hemos venido alcanzando sobre el origen y la evolución de la institución tutelar a lo largo de los anteriores apartados del presente estudio.

⁹³ Aunque actualmente estas teorías han sido en buena medida superadas, parte de la doctrina ha apoyado la tesis defendida por PERNICE, A., *Marcus Antistius Labeo*, cit., p. 185, que defendía la existencia de un proceso criminal ante el pretor con el objetivo de sancionar al tutor sospechoso.

4.2. LAS DISTINTAS POSIBILIDADES PROCESALES EN ÉPOCA ANTIGUA

Como hemos destacado anteriormente, si bien existen elementos de certidumbre acerca del procedimiento empleado para resolver los casos de *accusatio suspecti tutoris* en el período clásico, la cuestión resulta bastante difusa en relación a la época antigua. El problema radica en la ausencia de fuentes que permitan corroborar cuál habría sido el procedimiento usado para sustanciar estos procesos, que al menos desde la época clásica se resolvían bajo la forma de una *cognitio pretoria*.

Estas circunstancias exigen mostrarse cauteloso a la hora de plantear una posible reconstrucción del proceso empleado en época antigua. Conociendo la naturaleza penal de nuestra acción, parece que lo más conveniente sería analizar los tres grandes ámbitos en los que se distribuye la represión penal republicana: la *coercitio* de los magistrados, la persecución privada de los delitos y los juicios populares⁹⁴.

⁹⁴ GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *Teoría y práctica judicial en época republicana. Política y represión criminal en la experiencia romana* (Madrid, 2016), cit., p. 24.

4.2.1. UN PROCESO SUSTENTADO SOBRE EL *IMPERIUM* DEL MAGISTRADO

Conforme a las conclusiones obtenidas cuando hemos analizado la naturaleza originaria de la *accusatio suspecti tutoris*, sabemos que se trataba de una acción penal de naturaleza mixta⁹⁵, en cuanto que contemplaba algunos elementos propios del ámbito criminal junto con otras características privatísticas. En estas circunstancias es posible que las controversias en las que se acusaba al tutor como sospechoso no se tramitasen ni a través de un juicio público, ni a través de un juicio privado, sino que fuesen conocidas por un magistrado con competencia para remover al tutor del cargo.

Por otra parte, un procedimiento de estas características encajaría perfectamente con la tramitación a través de la *cognitio* pretoria, que como hemos tenido ocasión de observar en el apartado anterior, habría sido el procedimiento empleado para resolver esta clase de procesos desde la época clásica. No obstante, tenemos constancia de que junto al sistema procesal ordinario desde tiempos remotos se habrían empleado también otros medios que, fundados en el *imperium* del magistrado, posibilitaban el desarrollo de un procedimiento fuera de los cauces del *iudicium*.

La teoría más completa a estos efectos es obra del romanista francés René Laprat, quien tras constatar que la *accusatio suspecti tutoris* no podía encuadrarse en el marco de un procedimiento criminal a pesar de su finalidad represiva, se centró en el ámbito de la jurisdicción civil. Y dado que sus estudios concluyeron que la acción no encajaba en la estructura del procedimiento civil ordinario, dedujo que debía tratarse de un supuesto de *cognitio* sustentada sobre el *imperium* del magistrado⁹⁶.

La hipótesis resulta ciertamente sugestiva, pues a pesar de la falta de fuentes para sustentar su interpretación, la conclusión de Laprat se alcanza como resultado de un proceso lógico de descarte de otros posibles procedimientos. En este sentido, si bien es cierto que consideramos que todas las premisas sobre las que se fundamenta su interpretación resultan aceptables, también creemos estar en condiciones de aportar otros elementos de apoyo a esta teoría.

⁹⁵ Vid. *supra* capítulo VIII apartado 3.2.

⁹⁶ Esta es la teoría central de la tesis expuesta por LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 33 ss., que se vale de elementos extraídos de las obras de Voigt, Pernice y Girard para defender que desde sus orígenes la *accusatio suspecti tutoris* habría sido un caso muy antiguo de *cognitio* con un objetivo de política represiva, sin que pueda calificarse como procedimiento criminal.

Desde nuestro punto de vista es muy posible que una vez superada la represión de las controversias tutelares en el ámbito estrictamente familiar, circunstancia en buena medida provocada por la paulatina disolución de los vínculos interparentales, la facultad para resolver estas situaciones habría correspondido a los magistrados. Estos ostentaban cierta capacidad coercitiva como un antiguo reducto de los poderes de los monarcas, de forma que estaban facultados para encargarse de sancionar supuestos penales mediante la imposición de multas, el secuestro de bienes, castigos corporales, el arresto del infractor o incluso la determinación de penas capitales.

Todas estas actuaciones se enmarcan fuera del ámbito de la *iurisdictio* de los magistrados, pues se trataba de decisiones que no consistían en un *ius dicere*, es decir, que no se fundamentaban necesariamente en normas o principios jurídicos. En realidad nos referimos a una serie de potestades propias del *imperium*, que permitían ampliar el alcance de la *iurisdictio* ordinaria de los magistrados, puesto que contemplaban medidas que no se encontraban amparadas por el *ius civile*⁹⁷.

De esta forma, se entiende que desde la época antigua los magistrados con *imperium* tuvieran reconocidas una serie de potestades jurisdiccionales para adoptar diversas medidas procesales como eran los interdictos, las *stipulationes praetoriae*⁹⁸, las *restitutiones in integrum*⁹⁹ o las *missiones in possessionem*¹⁰⁰.

⁹⁷ BURDESE, A., *Manuale*, cit., pp. 123 ss.; IGLESIAS, J., *Las fuentes del derecho romano*, (Madrid, 1989), pp. 69 ss.; PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., pp. 369 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., p. 345; MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., pp. 104 ss.; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 141 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, cit., p. 63.

⁹⁸ Cfr. WOESS, V., «Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz», en ZSS, 53 (1933), pp. 372 ss.; MOZZILLO, A., *Contributi allo studio delle "stipulationes praetoriae"* (Nápoles, 1960); ID., s.v., «*Stipulatio praetoria*», en NNDI, 18 (1971); GUARINO, A., «In tema di "*praetoriae Stipulationes*"», en SDHI, 8 (1942), pp. 316 ss.; ID., «La classificazione delle "*stipulationes praetoriae*"», en Labeo, 8 (1962), pp. 214 ss.; GIOMARO, A. M., «Ulpiano e le "*stipulationes praetoriae*"», en Studi Biscardi, 4 (Milán, 1983), pp. 413 ss.; MANTOVANI, M., «Un esempio dell'efficienza della comunicazione gaiana (*Gai 4.88-102*)», en SDHI, 51 (1985), pp. 349 ss.

⁹⁹ Acerca de las *restitutiones in integrum*, vid. LAURIA, M., *Iurisdictio*, cit., pp. 513 ss.; CARRELLI, E., «*Decretum* e *sententia* nella *restitutio in integrum*», en Annali Bari (1938), pp. 129 ss.; CERVENCA, G., *Studi vari sulla "restitutio in integrum"* (Milán, 1965); ID., s.v., «*In integrum restitutio*», en NNDI, 15 (1968); SARGENTI, M., «Studi sulla "*restitutio in integrum*"», en BIDR, 69 (1966), pp. 193 ss.; FABBRINI, F., «Per la storia della "*restitutio in integrum*"», en Labeo, 13 (1967), pp. 200 ss.; KUPISCH, B., «*In integrum restitutio*» und «*vindicatio utilis*» (Berlín-New York, 1974); KASER, M., «Zur "*in integrum restitutio*", besonders wegen "*metus*" und "*dolus*"», en ZSS, 94 (1977), pp. 101 ss.; D'ORS, A., «La acción del menor restituido (crítica a Kupisch)», en AHDE, 49 (1979), pp. 297 ss.; ADAME GODDARD, J., «Palingenesia de PS. 1.7: "*De integri restitutione*"», en Estudios de Derecho romano en honor a A. D'Ors (Pamplona, 1987), pp. 89 ss.

Con respecto al objeto de nuestro estudio, podemos descartar que la decisión de los magistrados se plasmase en *stipulationes praetoriae*, *restitutiones in integrum* o *missiones in possessionem*. Sin embargo, resulta más plausible encuadrar una posible declaración del magistrado sobre la culpabilidad del tutor dentro del esquema de los interdictos¹⁰¹. Como es sabido, se trata de los más antiguos e importantes recursos fundamentados en el *imperium* del magistrado¹⁰². Originariamente¹⁰³, los interdictos debían consistir en medidas coercitivas impuestas por los magistrados que abarcaban un contenido muy variado, pues se referían a conductas que no habían sido contempladas por el *ius civile*, pero que el magistrado consideraba inadecuadas.

El carácter extraordinario de los interdictos se justificaba por la necesidad de resolver controversias jurídicas que no admitían mucha dilación en su resolución¹⁰⁴. Evidentemente, la detección de actitudes deshonestas por parte del tutor aconsejaba la adopción de medidas con carácter inmediato, con el objeto de evitar que pudieran seguir produciéndose nuevos perjuicios que afectasen al patrimonio del menor. Esa celeridad en la actuación contra el tutor parece encajar con el veloz procedimiento a través del que debían emitirse antiguamente los interdictos.

¹⁰⁰ Para más información, *vid.* LEPRI, M. F., *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (Florenia, 1939); MARRONE, M., *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"* (Palermo, 1970), pp. 135 ss.; BETANCOURT, F., «La defensa pretoria del "*missus in possessionem*"», en *AHDE*, 52 (1982), pp. 373 ss.; ARCARIA, F., «*Missio in possessionem* e *cognitio fedecommissaria*», en *BIDR*, 89 (1986), pp. 245 ss.; KASER, M., y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 172 ss.

¹⁰¹ Acerca de estos recursos procesales, *cfr.* ALBERTARIO, E., «*Actiones e interdicta*», en *Studi di diritto romano IV. Eredità e processo* (Milán, 1946), pp. 115 ss.; RICCOBONO, S., «*Interdictum-actio*», en *Festschrift Koschaker*, 1 (Weimar 1939), pp. 368 ss.; BERGER, A., *s.v. Interdictum*, en *P.W.*, 9, pp. 1609 ss.; BISCARDI, A., *La protezione interdittale nel processo romano* (Padua, 1938); ID., *La tutela interdittale ed il relativo processo* (Siena, 1956); GIOFFREDI, C., *Contributo allo studio del processo civile romano* (Milán, 1947), pp. 85 ss.; KASER, M., *Eigentum und Besitz*, cit., pp. 243 ss.; DAUBE, D., «Concerning the classifications of interdicts», en *RIDA*, 6 (1951), pp. 23 ss.; GANDOLFI, G., *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milán, 1955); LUZZATO, G. I., *Il problema d'origine del processo "extra ordinem"* (Bologna, 1965), pp. 142 ss.; SCHMIDT, C. A., *Das Interdiktenverfahren der Römer: in geschichtlicher Entwicklung* (1853; reimp. Leipzig, 1970); CAPOGROSSI-COLOGNESI, L., «*Interdetti*», en *ED*, 21 (1971), pp. 901 ss.; ADAME GODDARD, J., «El procedimiento "*ex interdicto*" en el derecho romano clásico», en *Revista de investigaciones jurídicas de México*, 2.2 (1978), pp. 225 ss.; KASER, M. y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 408 ss.

¹⁰² Como ha señalado PUGLIESE, G., *Istituzioni*, cit., p. 370, el tradicional debate acerca de la naturaleza jurisdiccional o administrativa de la actividad interdictal del magistrado es un falso problema. Se trata de una división que no se corresponde con la óptica romana y, en todo caso, esta potestad interdictal se apoyaba en última instancia en el *imperium* reconocido a los magistrados superiores.

¹⁰³ MARRONE, M., *Istituzioni*, cit., p. 105, explica que el testimonio más antiguo que se conoce sobre los interdictos aparece recogido en una obra de Plauto fechada entre los siglos III y II a.C.

¹⁰⁴ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 217.

Ahora bien, el problema de esta interpretación es que adolece de un respaldo en las fuentes de época antigua. Sin embargo, el caso de la *accusatio suspecti tutoris* puede relacionarse con el de la interdicción del pródigo que, de acuerdo con varios pasajes de Ulpiano, aparecía recogido en la ley de las XII Tablas¹⁰⁵.

XII Tab. 5.7c (Ulpiano, *1 ad Sab.*, D. 27.10.1 pr.): *Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio. (Tit. Ulp. 12.2): Lex XII Tabularum... prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.*

Si bien puede discutirse su origen decenviral¹⁰⁶, no puede dudarse de que se trata de una disposición de origen muy remoto¹⁰⁷. En ella se establecía la prohibición de que una persona que hubiera sido declarada pródiga pudiera administrar sus propios bienes. En este sentido, llama la atención el uso del término “*interdicatur*” para referirse a la forma en que se priva al pródigo de la facultad de administrar sus bienes. No se trata de una casualidad, pues esa expresión encajaría perfectamente con la noción originaria de los interdictos, pues no en vano consiste en una medida adoptada por el magistrado en interés de todos los miembros del grupo familiar.

El paralelismo con la *accusatio suspecti tutoris* es evidente, ya que se otorgaba potestad a un magistrado para que, en virtud de su *imperium*, se encargaba de resolver una controversia *iusprivatística* mediante la imposición de una pena que separaba al actual administrador del patrimonio que legítimamente gestionaba¹⁰⁸, con el fin de que no siguiera menoscabando el valor de ese patrimonio. Si bien no debemos precipitarnos en las conclusiones, las notables semejanzas entre este supuesto y la declaración del tutor como sospechoso lleva a considerar en la posibilidad de que la *accusatio suspecti tutoris* se tramitase originariamente como un interdicto.

¹⁰⁵ El primer autor que destacó la posible conexión entre estos dos supuestos fue PERNICE, A. *Juristische Abhandlungen: Festgabe für Georg Beseler* (1885), pp. 54 ss.

¹⁰⁶ En este sentido, cabe recordarse la frecuente utilización de referencias a la ley de las XII Tablas por parte de los juristas clásicos con el fin de indicar el antiquísimo origen de una institución, aunque ésta no hubiera aparecido estrictamente en las XII Tablas.

¹⁰⁷ Vid. *supra* capítulo VIII apartado 2 sobre el origen de la *accusatio suspecti tutoris*.

¹⁰⁸ De hecho, el sentido etimológico del vocablo interdicto alude a una “indicación” que se interponía con el fin de separar algo, ya que el término proviene de la unión de los dos vocablos latinos “*dicere/dicare*”, que se podría traducir como indicar o señalar algo, e “*inter*”, que es un prefijo utilizado frecuentemente para denotar cierta interposición entre dos elementos.

Resulta procedente entonces preguntarse entonces por qué las fuentes clásicas no se refieren a la *accusatio suspecti tutoris* como interdicto y tan sólo utilizan el término *decretum*. En este sentido, durante la época republicana tardía todavía nos encontramos con textos que diferencian la naturaleza de los interdictos en relación con el carácter jurisdiccional y los inmediatos efectos jurídicos que tenía el *decretum* del magistrado¹⁰⁹. Ambos se consideran recursos procesales del pretor, pero en general se concibe el *decretum* como una medida de ejecución de la disposición interdictal.

Sin embargo, esta concepción evoluciona con el tiempo. Desde finales de la época antigua existe una tendencia sistematizadora del Derecho que también se manifiesta en el ámbito de los interdictos. Con la difusión y consolidación del procedimiento formulario, se distinguen tres grandes grupos de interdictos con base en la función que realizan: prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Esta es precisamente la clasificación que recoge Gayo en sus Instituciones.

Gai. 4.142: *Principalis igitur diuisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta aut restitutoria aut exhibitoria.*

Por otra parte, desde comienzos del Principado se produjo una evolución similar a la de las acciones pretorias, en cuanto que las órdenes emitidas caso por caso se incorporaron al Edicto del pretor en forma de esquemas abstractos que podían aplicarse a diversos supuestos¹¹⁰. De esta forma, los interdictos se incorporaron al ámbito de la *iurisdictio*. La principal consecuencia de esta modificación fue la pérdida de su inmediata eficacia coactiva, ya que los supuestos de hecho sobre los que se basaban eran contestables y los interdictos ya no se sustentaban en el *imperium* del magistrado.

Desde nuestro punto de vista, la transformación que sufren los interdictos está ligada a su progresivo acercamiento a los decretos. Mientras que la vía interdictal parece reservarse a la materia posesoria, el resto de supuestos que tradicionalmente se sancionaban mediante interdictos pasan a encuadrarse dentro de la esfera jurisdiccional del pretor y se confunden con su actividad decretal.

¹⁰⁹ Resulta muy esclarecedor el análisis desarrollado por MANCUSO, G., *Decretum praetoris*, cit., pp. 371 ss., acerca de dos textos de Cicerón (Cic., *pro Caec.* 29.82-84; *pro Tull.* 16.38-17.39) y de un fragmento de la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*.

¹¹⁰ De acuerdo con la reconstrucción de Lenel, las fórmulas de los distintos interdictos se recogían en los apartados 227 al 268 del Título XLIII.

Sólo así se puede entender el paralelismo que primero las Instituciones de Gayo y luego las de Justiniano trazan entre ambas figuras:

Gai. 4.139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controuersiis interponit. Quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulae autem et uerborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretaue uocantur.*

Gai. 4.140: *Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid iubet, uelut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur, interdicta uero, cum prohibet fieri, uelut cum praecipit, ne sine uitio possidenti uis fiat, neue in loco sacro aliquid fiat. Unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria uocantur.*

En las palabras de Gayo se puede apreciar aún el reconocimiento de una naturaleza distinta entre ambos recursos procesales¹¹¹, pero a su vez no deja de percibirse una cierta asimilación. Gayo afirma que se fundamentan en la *auctoritas praetoris* y utiliza el verbo *praecipere* para explicar que tanto los interdictos como los decretos consisten en prescripciones de origen magistratual. De esta forma, Gayo tan sólo estaba plasmando en sus Instituciones el acercamiento que se habría producido entre ambas figuras jurídicas desde finales de la época antigua y que se terminaría consolidando en época imperial.

Las Instituciones de Justiniano presentan una importante identificación entre interdicto y decreto, de forma que la distinción entre ambas figuras se reduce a una mera división doctrinal relacionada con el origen etimológico de los términos¹¹².

Inst. 4.15.1-2: (...) *erant autem interdicta formae atque conceptiones uerborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat. Quod tum maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.*

¹¹¹ MANCUSO, G., *Decretum praetoris*, cit., pp. 373 ss., destaca que la terminología empleada por Gayo puede llevar a considerar ambos términos como sinónimos, pero que sin embargo la distinción entre ambos se refleja claramente en el uso de la expresión “*interdicta decretaue*” al final del primero de los fragmentos. De acuerdo con Mancuso, Gayo pretende aclarar que el interdicto se refiere únicamente a la actividad prohibitoria del magistrado.

¹¹² MANCUSO, G., *Decretum praetoris*, cit., pp. 376 ss.

Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria. Prohibitoria sunt quibus vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripae eius aliquid fieri quo peius navigetur. Restitutoria sunt quibus restitui aliquid iubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum quae quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut cum iubet ei qui vi possessione fundi deiectus sit restitui possessionem. Exhibitoria sunt per quae iubet exhiberi, veluti eum cuius de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate eius sunt. Sunt tamen qui putant, proprie interdicta ea vocari quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari; sed tamen optinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

En estos dos fragmentos queda clara la nueva concepción de los interdictos: se trata de órdenes emanadas por el pretor que aparecen directamente relacionadas con la posesión o la cuasiposesión. Asimismo, se destaca que la antigua denominación de decretos para referirse a los interdictos de carácter restitutorio o exhibitorio ha quedado superada. En esta época todos estos recursos procesales reciben ya la calificación de interdictos porque se deciden entre dos partes.

La asimilación que se produce entre ambas figuras nos lleva a pensar que desde un primer momento los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* se habrían resuelto en el marco de las potestades jurisdiccionales del pretor. Sin embargo, mientras que en origen se habría acudido a la forma interdictal, posteriormente, debido a la evolución que sufre esta figura jurídica a lo largo de la época antigua, esta clase de procesos habrían pasado a solventarse a través de una resolución en forma de decreto.

De acuerdo con esta hipótesis, dado que los interdictos se concedían sólo a petición del interesado y previa comparecencia del destinatario de la misma, el procedimiento se iniciaría con una citación al demandado por parte del demandante. Una vez que ambos se encontraban ante el magistrado, éste se encargaba de realizar una *causae cognitio* de los principales presupuestos procesales del caso y decidía si aceptar o rechazar la *postulatio interdicti* solicitada por el demandante.

El procedimiento finalizaría rápidamente gracias a la decisión del magistrado acerca de la culpabilidad o no del tutor acusado como sospechoso. Desde finales del período republicano el magistrado ni siquiera procedería a comprobar la veracidad de los hechos alegados por el ciudadano que solicitaba el interdicto, sino que la tutela interdictal se otorgaría a través de una fórmula hipotética y condicionada. Mediante esta actuación se solucionaría rápidamente la controversia, evitando la dilación del proceso ordinario. Y sólo en el caso de que el destinatario del interdicto no acatase la orden, se abriría un verdadero proceso judicial.

Resulta difícil creer que la acusación se pudiera resolver de forma condicionada. Siempre debió existir una *causae cognitio* en la que el magistrado escucharía a las partes, interrogaría a los testigos y dirigiría un debate contradictorio que concluiría con la declaración acerca de si el tutor era o no sospechoso. De este modo, todo el proceso se sustanciaría ante el pretor, que se encargaría de resolver por sí mismo los supuestos de *accusatio suspecti tutoris*, tal y como recuerdan las fuentes tardoclásicas que sucedía también durante la época imperial.

4.2.2. UNA POSIBLE ACUSACIÓN A TRAVÉS DEL SISTEMA DE LAS *LEGIS ACTIONES*

A nuestro modo de ver, y pese a la ausencia de fuentes que se pronuncien a este respecto, parece factible que la *accusatio suspecti tutoris*, al igual que sucedía durante el período clásico, se desarrollase bajo la forma de una *cognitio* pretoria en época antigua. A pesar de todo, como ya se encargó de poner de manifiesto Hruza¹¹³ en su momento, resulta complicado admitir que un proceso que conllevaba unas consecuencias de tanta trascendencia como era la remoción del tutor declarado sospechoso, difícilmente podría sustentarse sobre la simple decisión de un magistrado.

En efecto, debemos tener en cuenta que la tutela se contemplaba originariamente como un instrumento encaminado a la salvaguarda de la familia y, por tanto, trascendía del ámbito puramente particular. La importancia de esta designación como garantía de la continuidad familiar explica que el nombramiento del tutor se realizase de acuerdo con las normas que ordenaban el fenómeno sucesorio. Resulta llamativo que en esta época la remoción pudiera decretarse por un solo magistrado.

Estas circunstancias llevan a plantear la posibilidad de que el procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris* se articulase de una forma distinta durante la época antigua. En apoyo de esta hipótesis, debemos recalcar que la exposición general de Ulpiano, que es la fuente primordial que venimos utilizando como fundamento de nuestro estudio, no menciona el parecer de ningún otro jurista anterior con respecto a cómo se sustanciaban estos procesos en época antigua. Este aspecto no resultaría tan sorprendente si no fuera porque la obra de Ulpiano se caracteriza por referir de continuo las opiniones de juristas precedentes sobre las materias en las que profundiza.

En el caso de que los supuestos relativos a la *accusatio suspecti tutoris* siempre se hubieran resuelto conforme a la *cognitio* de un magistrado, parece lógico pensar que otros juristas anteriores se hubieran referido al procedimiento y que éstos hubieran sido mencionados por Ulpiano. Sin embargo, nada de eso ocurre. Y no puede achacarse a la falta de tradición jurídica de nuestra *accusatio*, pues como el propio Ulpiano afirma, sus orígenes se remontarían a la época decenviral¹¹⁴. Aunque esta constatación no permite llegar a ninguna conclusión definitiva, abre un nuevo campo de posibilidades.

¹¹³ HRUZA, E., *Über das lege agere pro tutela* (Erlangen, 1887), pp. 75 ss.

¹¹⁴ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.2.

De cualquier manera, podemos sospechar, siquiera sea como una mera hipótesis, la posibilidad de que existiera un procedimiento distinto al cognitorio para resolver los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* durante la época antigua. Dejando a un lado, por el momento, el procedimiento criminal, la única alternativa concebible pasaría por considerar que, teniendo en cuenta que nuestra *accusatio* se remonta a tiempos remotos, en origen se tramitase conforme al sistema de las *legis actiones*.

Gracias a la información contenida en las instituciones de Gayo, conocemos que las *legis actiones* se caracterizaban tanto por su oralidad, como por el respeto a los rituales tradicionales¹¹⁵. En relación con esta última cuestión, parece que los requisitos formales del sistema de las acciones de la ley obligarían a que fuera el propio pupilo quién personalmente interviniese directamente en el litigio, salvo que se admitiese la representación del mismo a través de su tutor. En este sentido, un texto de Modestino¹¹⁶ señalaba que la persona que litigaba frente al tutor sospechoso se entendía que actuaba en nombre de otro sujeto, en este caso, el propio pupilo.

En otras palabras, Ulpiano califica la condición de la persona que defiende los intereses del pupilo como si fuera “*quasi pupilli defensorem*”.

Ulpiano, *1 de apellat.*, D. 49.4.1.14: *Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere Iulianus libro quadragensimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem.*

Si bien es cierto que estos pasajes no acreditan, ni mucho menos, que los casos de *accusatio suspecti tutoris* se sustanciasesen conforme al sistema de las *legis actiones*, sí permiten contemplar la posibilidad de que este recurso procesal se articulase sobre la base de las *legis actiones* durante la época antigua. Sin embargo, el hecho de admitir esta interpretación implicaría que nuestra *accusatio* representaría uno de los supuestos excepcionales con respecto al antiquísimo principio que establecía la no representación procesal en el sistema de las *legis actiones*.

¹¹⁵ Las partes debían formular sus alegaciones de acuerdo a diversas formalidades, que exigían recitar una serie de ritos solemnes, hasta el punto de que un mínimo error podía constituir la pérdida del litigio. A este respecto, Gai. 4.11 recuerda el famoso ejemplo del demandante que pierde el pleito al utilizar el término “*vites*” en lugar de “*arbores*” para reclamar que sus cepas habían sido cortadas.

¹¹⁶ Modestino, *l.S. de praescr.*, D. 49.1.20 pr.: *Qui suspectum tutorem facit et qui de non recipienda tutela excusationem agitat, alieno nomine agere intellegendus est.*

En este sentido, en un famoso pasaje de las instituciones de Gayo se recuerda que aunque por norma general no se podía litigar por cuenta ajena en el tiempo de las *legis actiones*¹¹⁷, existían una serie de casos excepcionales.

Gai. 4.82: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, ueluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.*

El fragmento señala que en tiempos de Gayo se podía litigar personalmente o a través de mediadores, que pueden ser los *cognitores*, los *procuratores*, los tutores o los curadores. A continuación se indica que antiguamente (*olim*), precisando que se refiere al tiempo de las *legis actiones*, no se podía litigar en nombre de otra persona, salvo “*ex certis causis*”. Pero el texto no termina de aclarar cuáles son esos casos excepcionales. Cabe preguntarse entonces si la *accusatio suspecti tutoris*, en cuánto que materia tutelar, podía contarse entre ellos. A este respecto, parece que las Instituciones de Justiniano aportan algo de luz al completar el testimonio del Gayo veronés.

Inst. 4.10 pr.: *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno ueluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent.*

En este pasaje se reitera la idea de que se admitiría litigar en nombre de otros como *procurator*, como tutor o como curador. Y en paralelo a la exposición gayana, se indica que anteriormente no se podía ejercitar una acción en nombre de otra persona, salvo que se actuase *pro populo, pro libertate, pro tutela* o en virtud de la *lex Hostilia*. Se trata de cuatro supuestos que bien pudieran conformar las “*ciertas causas*” a las que se refería el Gayo veronés. El significado de estas expresiones solo puede comprenderse gracias a la lectura de un pasaje paralelo perteneciente a la Paráfrasis de Teófilo.

¹¹⁷ MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico* (Zaragoza, 1983), p. 87, explica que la explicación de esa prohibición de litigar *nomine alieno* durante la época antigua se debe a que el primitivo sistema de las *legis actiones* no constituía más que una lucha reglada, derivada de los antiguos mecanismos de autotutela basados en la violencia personal. Por ese motivo, se mantiene la concepción antigua de que en un proceso debían enfrentarse personalmente las dos partes afectadas, sin que pudiera siquiera plantearse la posibilidad de intervención de otras personas que no fueran los interesados.

Teoph. Paraph. 4.10 pr.: Scire oportet posse nos iudicio agere aut per nosmet ipsos, idest nostro nomine, aut per alios, idest alieno nomine. Et alieno nomine agimus, veluti ut procuratores tutores vel curatores: ex iure nimirum, quod hodie optinet. Olim enim in usu non erat alieno nomine agere, nisi ex certis causis; ut ecce pro populo quis litem inire poterat, aut pro libertate. Nam cum quis in possessione esset servitutis et in libertate proclamaret, non poterat ipse agere, ne forte, lite contestata, servus esse probaretur et fieret ut servus reapse cum domino ageret. Et ideo alius pro eo iudicium subibat, qui dicebatur adsertor. Item etiam pro tutela. Saepe enim fiebat, ut pupillus tutore indigeret et duo contenderent uter tutelam suscipere deberet. Patet alterutrum vincere debuisse. Qui itaque victus fuerat alieno nomine egisse videbatur, pro tutela nempe, quae ad eum non pertinebat, sicuti litis finis ostendit. Lex Hostilia permisit, ut si eorum, qui apud hostes essent vel qui reipublicae causa abessent, res ablatae estae essent, furti, qui vellet, ageret. Sed et si tutor fuissem pupilli, qui me apud hostes constituto reive publicae causa absente, furtum esset passus, aequae qui volebat, furti ei actio erat¹¹⁸.

Aunque en ninguno de los textos mencionados se ofrece mayor explicación, parece que la expresión “*pro populo*” se utilizaba para referirse a los casos en que se ejercitaba una acción en interés de la propia comunidad popular. Se trataba de una necesidad para actuar procesalmente en aquellos litigios en los que el poder público se encontrase involucrado como parte. En estos casos, se entiende que la comunidad no tenía que estar necesariamente representada por los magistrados, sino que esta labor podía ser desarrollada por cualquier ciudadano, *qui volet ex populo*¹¹⁹.

Por su parte, la expresión “*pro libertate*” aparece vinculada en la Paráfrasis de Teófilo con la incapacidad procesal de los esclavos. En este sentido, resulta lógico que en la tramitación de las *causas liberalis* se requiriese la presencia de un representante, que recibía la calificación de *adsertor libertatis* y se encargaba de alegar las razones contrarias a la pretendida situación de su representado¹²⁰.

¹¹⁸ FERRINI, C., *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo*, cit., p. 457.

¹¹⁹ MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 87.

¹²⁰ Cabe recordar que la intervención del *adsertor libertatis* sería necesaria tanto si se tratase de una *vindicatio ex servitute in libertatem*, como si se tratase de una *vindicatio ex libertate in servitutum*.

La última referencia relativa a la *lex Hostilia* debe entenderse en relación con la facultad reconocida a todo ciudadano romano para acudir a un litigio en representación de una persona ausente por causa pública. Es posible que originariamente la aplicación de esta excepción estuviera limitada a supuestos en los que el sujeto representado había caído prisionero en manos de los enemigos de Roma. Sin embargo, gracias a la labor de la jurisprudencia, esta excepción debió ampliarse más tarde a otros casos.

Ahora bien, dado que nuestro estudio trata sobre la *accusatio suspecti tutoris*, nuestro interés debe centrarse principalmente en la expresión “*pro tutela*”. En principio, parece razonable considerar que la expresión *pro tutela* ha de interpretarse de forma simétrica a las expresiones *pro populo* y *pro libertate*. Y en este mismo sentido parece pronunciarse Teófilo cuando indica que:

“Item etiam pro tutela. Saepius enim fiebat, ut pupillus tutore indigeret et duo contenderent uter tutelam suscipere deberet. Patet alterutrum vincere debuisse. Qui itaque victus fuerat alieno nomine egisse videbatur, pro tutela nempe, quae ad eum non pertinebat, sicuti litis finis ostendit”.

De acuerdo con el testimonio de Teófilo, se produce un supuesto de *agere pro tutela* cuando dos personas litigan sobre quién de ellos es el verdadero tutor de un pupilo, de forma que quién pierde el litigio actúa *alieno nomine* por haber interpuesto una acción con base en una tutela que no le correspondía. Sin embargo, la doctrina ha demostrado que esta teoría no puede ser aceptada de ningún modo¹²¹. Ante esta incertidumbre, se han planteado multitud de interpretaciones.

A pesar de que la mayor parte de la doctrina tiende a identificar el *agere pro tutela* con una actuación del tutor en interés del pupilo¹²², muchos autores han criticado

¹²¹ SCIALOJA, V., *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti* (Roma, 1936), pp. 133 ss., considera que el error de Teófilo pudo producirse a consecuencia de una equivocación terminológica basada en la existencia de la *actio pro tutelae* o también es posible que se deba a una confusión con el caso del tutor *praetorius* nombrado por el magistrado para que accionase contra el tutor ordinario del pupilo. Otras críticas al error de Teófilo se recogen en KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 355; LUZZATO, G. I., *Procedura civile romana*, vol II (Bologna, 1946), p. 278; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano I*, cit., p. 247; ALBANESE, B., *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palermo, 1987), pp. 20 ss.

¹²² Cfr. EISELE, F., *Cognitor und Procurator: Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung* (Tubinga, 1881), pp. 53 ss.; KELLER, F., *Der römische Civilprozess und die Actionen* (Leipzig, 1883), pp. 272 ss.; RÜMELIN, M., *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprozess* (Friburgo, 1886), pp. 28 ss.; BERTOLINI, C., *Appunti didattici di Diritto Romano. Il*

que esa tesis no encaja con la representación indirecta que existía en época antigua ni tampoco concuerda con los otros tres ejemplos que presenta Ulpiano, pues se sustentan a través del sistema de las *legis actiones*¹²³.

Frente a esa postura mayoritaria, existe una importante corriente doctrinal que defiende que el *agere pro tutela* debe entenderse referido a los litigios que se producían como consecuencia de la interposición de la *accusatio suspecti tutoris*¹²⁴. El fundamento de esta interpretación se basa en la consideración de que la persona que litiga frente al tutor sospechoso se entiende que actuaría en nombre de otro sujeto¹²⁵, es decir, como si fuera su “*quasi pupilli defensorem*”¹²⁶.

Como se puede observar, esta interpretación ofrece importantes ventajas con respecto a la posición mayoritaria de la doctrina. Por un lado, encaja con la naturaleza popular que presentaba la primitiva representación procesal, pero además confiere a la expresión “*pro tutela*” un sentido similar al del resto de los supuestos -“*agere pro populo*” y “*agere pro libertate*”- recogidos en el pasaje de las Instituciones¹²⁷. Por esa razón, los defensores de esta posición tienden a interpretar que la *accusatio suspecti tutoris* también se tenía que tramitar a través de una *legis actio*.

El argumento no parece muy consistente¹²⁸. Si bien la referencia al “*lege agere pro tutela*” podría efectivamente aludir a la *accusatio suspecti tutoris*, el hecho de que se recoja junto con otros casos de *agere nomine alieno* tan sólo implica que se trata de

processo civile, vol. 1 (Turín, 1913), p. 187; COSTA, E., *Profilo storico del processo civile romano* (Roma, 1918), p. 121; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, cit., pp. 248 ss.; WENGER, L., *Istituzioni di procedura civile romana*, traducido al italiano por R. Orestano (Milán, 1938), p. 83; ALBANESE, B., *Il processo privato romano*, cit., p. 21; FINAZZI, G., «“*Heredem esse*” ed “*In tutelam suam venire*”: riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare», en *BIDR*, 94-95 (1991-1992), pp. 140 ss.; KASER, M. y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 63 ss.

¹²³ Un compendio de las principales críticas realizadas a esta tesis se puede encontrar en SCIORTINO, S., «*Lege agere pro tutela*», en *Iuris Antiqui Historia* (Ferrara, 2007), pp. 167 ss.

¹²⁴ El origen de esta tesis hunde sus raíces en la época de los glosadores, *vid.* CUIACIO, *Notae, In lege IV Inst ad h. l.* (Nápoles, 1758), aunque posteriormente fue retomada por varios autores como BETHMANN-HOLLWEG, M. A., *Der Römische Zivilprozess*, vol. I (Bonn, 1865), p. 110 ss.; HRUZA, E., *Über das lege agere pro tutela*, cit., pp. 67 ss.; WIRBEL, C., *Le cognitor* (París, 1911), pp. 13 ss.; LUZZATO, I., *Procedura civile romana II*, cit., pp. 279 ss.; COSENTINO, P., «*Sul ‘pro tutela agere’ di Inst. 4, 10 pr.*», en *SDHI*, 30 (1964), p. 277; MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico*, (Zaragoza, 1983), p. 87.

¹²⁵ *Vid. supra* Modestino, *I.S. de praescr.*, D. 49.1.20 pr.

¹²⁶ *Vid. supra* Ulpiano, *I de appellat.*, D. 49.4.1.14.

¹²⁷ AGUDO RUIZ, A., *Las costas en el proceso civil romano* (Madrid, 2013), pp. 73 ss.

¹²⁸ SCIORTINO, S., *Lege agere pro tutela*, cit., pp. 177 ss., señala las dificultades a las que se enfrenta esta hipótesis y su ausencia de apoyo en las fuentes.

supuestos de legitimación directa universal, pero en ningún caso se puede deducir que todas esas actuaciones se sustanciases a través del mismo procedimiento¹²⁹. Por otro lado, no hay constancia de fuentes que confirmen esa suposición.

Por ese motivo, resulta difícil pronunciarse en uno u otro sentido. Si bien no existen fuentes que lo corroboren, tampoco se puede descartar por completo que la *accusatio suspecti tutoris* siguiera los cauces del procedimiento de las *legis actiones*. Sin embargo, aun aceptando este extremo, resultaría complicado que la acusación de un tutor sospechoso pudiera ejercitarse a través de ninguna de ellas¹³⁰, pues no parece que se acomode a ninguna de las cinco *legis actiones* que existían originariamente¹³¹.

Hipotéticamente sólo podría plantearse el ejercicio de la *legis actio per sacramentum*, pero ni en su versión real ni en su versión personal cabe realmente imaginar cómo podría ejercitarse, ni tampoco se explicaría en qué consistiría el objeto de la apuesta sacramental, pues declarar que un determinado sacramento es justo o injusto no puede equipararse a declarar si el tutor es sospechoso o no¹³². A pesar de que se han propuesto numerosas teorías para intentar acomodar la *accusatio suspecti tutoris* en el marco de las *legis actiones*, lo cierto es que todas las interpretaciones resultan ciertamente forzadas y no han terminado de convencer a la doctrina¹³³.

Desde nuestro punto de vista, la única posibilidad de encajar la tramitación de la *accusatio suspecti tutoris* en el sistema de las acciones de la ley pasa por considerar este recurso procesal dentro del ámbito hereditario. Al fin y al cabo, la designación como tutor respondía originariamente a la finalidad de salvaguardar la familia entendida en sentido amplio y, por ese motivo, estaba ligada al nombramiento como heredero. De esta forma, resulta razonable pensar que la acusación como tutor sospechoso pudiera ser considerada una controversia sobre materia hereditaria, pues en el fondo afectaba a los derechos sucesorios de la comunidad familiar.

¹²⁹ COSENTINO, P., *Sul "pro tutela agere"*, cit., pp. 278 ss.

¹³⁰ PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, cit., p. 248 nt. 46, señala que, a diferencia de lo que sucedía con la *actio rationibus distrahendis*, ni la *accusatio suspecti tutoris* ni la *actio tutelae* encajaban en el sistema de las *legis actiones*.

¹³¹ Gai. 4.12: *Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem*.

¹³² LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 29 ss.

¹³³ Destaca, debido a su originalidad, KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (Múnich, 1952), acerca de una *legis actio per sacramentum* con características especiales y que no se recogería en la exposición de las instituciones de Gayo.

Si aceptamos esta premisa como punto de partida, debemos tener en cuenta que un pasaje de las instituciones de Gayo recordaba que las *controversiae de hereditate* se sustanciaban a través de la *legis actio per sacramentum in rem*.

Gai. 4.17: (...) *similiter si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio, uelut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controuersia erat, aeque res uel rei pars aliqua inde sumebatur*.

Cabría pensar que una vez admitida la acusación por parte del magistrado, el vindicante reclamase para sí mismo la herencia y, consecuentemente, el cargo de tutor. Frente a esta reclamación, el sujeto acusado como sospechoso debería efectuar la misma declaración solemne de pertenencia sobre la herencia. Ahora bien, esta contradicción procesal no se refería estrictamente al derecho de propiedad sobre la herencia, sino a las causas que fundamentaban ambas afirmaciones vindicatorias.

A continuación se procedería a la apuesta sacramental, que en un principio es posible que tuviera una connotación religiosa y sólo posteriormente se habría convertido en una apuesta de pagar dinero al erario público por parte de quién perdiera el litigio. Sin embargo, no disponemos de mucha información sobre cómo debían resolverse estos litigios, más allá de que parece evidente que se procedía a la declaración del carácter *iustum* o *iniustum* de los respectivos *sacramenta*, lo que de manera indirecta suponía determinar a cuál de las partes correspondía la herencia y el título de tutor.

En este sentido, resulta llamativo que mientras que las instituciones de Gayo describen detalladamente los pormenores de la fase *in iure*, apenas recogen información sobre los trámites posteriores a la *litis contestatio*. Especialmente relevante resulta la laguna que se observa al referirse a la innovación que conlleva la promulgación de la *lex Pinaria* en relación con el nombramiento del *iudex*¹³⁴.

¹³⁴ Como señala FUENTESECA, P., «Las “*legis actiones*” como etapas del proceso romano», en *AHDE*, 34 (1964), pp. 222 ss., la figura del *iudex privatus* surge gracias a la plasmación *ex lege* de la *iudicis postulatio*. Sin embargo, debido a la laguna detectada en Gai. 4.15, no se puede saber con seguridad que ocurría con el *iudex* en el *agere per sacramento* y plantea tres posibilidades: que la *lex Pinaria* hubiera introducido la figura del *iudex privatus*, que hubiera introducido tan sólo el plazo de 30 días o que hubiera encomendado los supuestos de *agere per sacramentum* al *iudex privatus* en sustitución de los *iudices decemviri* que se venían encargando de estos procesos.

Desde nuestro punto de vista, resulta ciertamente razonable pensar que las instituciones de Gayo diferenciasesen el procedimiento seguido para la *legis actio per sacramentum* en función de si se utilizaba la vertiente personal o real. De esta manera, Gai 4.15 se habría dedicado a la vertiente personal y por eso recoge la referencia a la *datio iudicis*. Por el contrario, Gayo 4.16 trataría de forma separada la *legis actio per sacramentum in rem*, a través de la cual se encauzaría la *accusatio suspecti tutoris*, en la que no se apreciaría la necesidad de nombrar un órgano judicial.

Dado el remoto origen de la *accusatio suspecti tutoris*, es muy posible que inicialmente estos procedimientos se resolvieran antes de que se instaurase la llamada bipartición procesal. En este sentido, aunque el origen de esta bipartición procesal haya sido objeto de debate, la mayor parte de la doctrina considera que originariamente no debió existir una bipartición procesal en los procesos privados¹³⁵. Sólo a medida que se desarrolló la facultad de delegar la autoridad jurisdiccional, encarnada en la figura del rey durante la monarquía y posteriormente en los magistrados durante la república, ésta se terminó convirtiendo en una práctica obligatoria¹³⁶ y tuvo lugar la bipartición procesal que aparece recogida en la ley decenviral.

Sin embargo, anteriormente es posible que se vinieran resolviendo acusaciones de tutor sospechoso en una sola instancia. Y el órgano jurisdiccional encargado de conocer esta clase de procesos, teniendo en cuenta la trascendencia y la naturaleza eminentemente pública de la *hereditas* en época antigua, bien podría haber sido un órgano de carácter eminentemente popular.

¹³⁵ En este sentido, destacan las obras de WLASSAK, M., *Zum römischen Provinzialprozess*, cit., p. 12 nt. 3; ID., *Die klassische Prozessformel* (Viena, 1924), pp. 147 ss.; KASER, M., *Zum Ursprung*, cit., pp. 107 ss.; LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana I*, cit., pp. 106 ss.; BROGGINI, G., *Iudex arbiterve*, cit., pp. 88-89; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, cit., pp. 78 ss.; BISCARDI, A., «L'unità del processo nella esperienza giuridica romana», en *BIDR*, 65 (1962), pp. 31 ss. Para conocer las distintas teorías sobre el origen de la bipartición y la configuración del proceso antes de la misma, *vid.* DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano* (Padua, 1937), pp. 41 ss.; APARICI DIAZ, J., *La bipartición del proceso civil romano* (Sevilla, 1946); WENGER, L., «Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 47 ss.; BROGGINI, G., *Der Ursprung der römischen "iurisdictio"*, cit., pp. 333 ss.; SANTORO, R., *Potere ed azione*, cit., pp. 556 ss.; NICOSIA, G., *Il processo privato romano I*, cit., pp. 93 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., pp. 274 ss.; PARICIO, J., «Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano», en *Revista de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense*, 16 (1990), pp. 227 ss.

¹³⁶ PUGLIESE, G., *Il processo civile romano I*, cit., pp. 90 ss., explica que si bien la bipartición no era obligatoria en un primer momento, parece que prácticamente desde los inicios del proceso civil empezó a considerarse como una costumbre necesaria.

Esto supondría que originariamente los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* podrían enmarcarse dentro de una causa sobre la *hereditas* familiar y haberse resuelto conforme a la *legis actio per sacramentum* en un proceso conocido íntegramente por un tribunal de naturaleza popular. Esta interpretación concuerda con el testimonio de Gayo sobre la decadencia en que incurre el sistema de las *legis actiones*.

Gai. 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*

Tras indicar que el sistema de las *legis actiones* se encontraba en retroceso a causa del excesivo formalismo exigido para su ejercicio, Gayo señala que la abolición de este antiguo sistema procesal se habría confirmado merced a una *lex Aebutia* y dos *leges Iuliae*, que vinieron a instaurar el procedimiento formulario. Sin embargo, en el siguiente fragmento indicaba que se conservaron para dos supuestos extraordinarios¹³⁷: los procesos por *damnum infectum* y los juicios ante el tribunal de los *centumviri*:

Gai. 4.31: *Tantum ex duabus causis permissum est [id legis actionem facere] lege agere, damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est; sane cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum; damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est.*

El tribunal de los *centumviri* presentaba carácter popular y primordialmente se ocupaba de cuestiones hereditarias, con respecto a las cuales Cicerón recuerda que, de manera habitual, se empleaba la *legis actio per sacramentum in rem*, aunque también se podía acudir alternativamente a la *sponsio praeiudicialis*¹³⁸.

¹³⁷ Las excepciones a las que aludía Gayo parecen confirmarse en Gell., *Noct. Att.* 16.10.8: *Sed enim cum "proletarii" et "adsidui" et "sanates" et "vades" et "subvades" et "viginti quinque asses" et "taliones" furtorumque quaestio "cum lance et licio" evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare deo iuris et legum vocumque earum, quibus utimur".*

¹³⁸ A este respecto, vid. GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze* (Milán, 2002), p. 129 nt. 46 con abundante bibliografía al respecto.

Cic., in Verr. 2.1.45.115: (...) *si quis testamento se heredem esse arbitraretur quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, iure et maiores nosui et nos semper usi sumus.*

Dejando a un lado las distintas interpretaciones que este texto ha suscitado en torno a la aplicación de la *hereditatis petitio*¹³⁹, algunos autores defienden que en este fragmento se prueba que en época de Cicerón se aplicaba el procedimiento formulario en materia hereditaria. El fundamento de esta interpretación se sostiene sobre la idea de que el jurista distingue el procedimiento de las *legis actiones* ante el tribunal de los *centumviro*s frente a otro posterior a través de la *sponsio praeiudicialis*.

No obstante, no sólo no se conoce ninguna fuente que sustente esa hipótesis, sino que además ya hemos podido comprobar cómo las instituciones de Gayo no sólo afirmaban que el sistema de las *legis actiones* se mantuvo en los procesos centumvirales tras la promulgación de la *lex Aebutia* y las *leges Iuliae*¹⁴⁰, sino que además negaban la posibilidad de que se pudiera reclamar ante ese tribunal a través de una fórmula, pues tal reclamación debía realizar a través de una *legis actio*. Como ya hemos recalcado, el tribunal de los *centumviro*s nunca funcionó mediante el sistema formulario.

Gracias al testimonio de Cicerón parece concluirse que las causas hereditarias se siguieron resolviendo a través de la *legis actio per sacramentum*, pero ahora adaptada al expediente del *agere per sponsionem*. Es decir, se trataría de un recurso procesal que entremezclaba un elemento real con otro personal, pues su origen parece remontarse a la fusión entre la *legis actio per sacramentum* y el expediente del *agere per sponsionem* que se utilizaba ante el tribunal de los *centumviro*s. Por un lado, el elemento real vendría representado por la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, con la que el tutor se comprometería a indemnizar al pupilo por los perjuicios causados en caso de resultar condenado. Por su parte, el elemento personal se reflejaría en el ejercicio de una *legis actio per sacramentum in personam*, que tendría por objeto la cantidad prevista anteriormente en la *sponsio praeiudicialis*¹⁴¹.

¹³⁹ Un estado de la cuestión con abundante bibliografía puede encontrarse en MÜLLER-EHLEN, M., *Hereditatis petitio*, cit., p. 28, nn. 45-50.

¹⁴⁰ Vid. *supra* Gai. 4.30.

¹⁴¹ CASINOS MORA, F. J., *De Hereditatis Petitione*, cit., p. 117.

El procedimiento debería comenzar con la interposición de la *accusatio* ante el pretor, que procedería a realizar una *causae cognitio*. El magistrado interrogaría a las partes involucradas, podría solicitar la intervención de testigos y posiblemente admitiría un debate contradictorio entre el demandante y el tutor acusado. Una vez aclarada la controversia, el pretor decretaría si el tutor debía ser considerado sospechoso y, en ese caso, se procedería a la suspensión de sus funciones administrativas.

En efecto, la primera parte del procedimiento ante el pretor finalizaría con la suspensión de las funciones administrativas del tutor¹⁴². De esta forma, se impedía que el tutor que había faltado a la confianza del *pater familias* pudiera seguir realizando gestiones sobre el patrimonio pupilar. Siguiendo con esta interpretación, cabe pensar que el pretor carecería de potestades para remover al tutor, pero sí que estaría facultado para decretar que no realizase nuevas gestiones que pudieran perjudicar al pupilo.

No obstante, el objetivo de la *accusatio* no pasaría simplemente por suspender al tutor de sus labores administrativas, sino que se buscaría su remoción del cargo. Ahora bien, el pretor carecería de facultades para tomar una medida de tanta trascendencia. Por eso habría que acudir al complejo procedimiento de la *actio per sponsionem*. En este punto, el tutor suspendido de sus funciones debería, en tanto que tenía la condición de heredero del patrimonio pupilar, realizar una *sponsio praeiudicialis*¹⁴³.

Esta *sponsio* versaba sobre la legitimidad del derecho de tutela adquirido por vía testamentaria por parte del tutor. De acuerdo con el testimonio de Gayo, una *lex Crepereia* fijaba la cuantía de esa *sponsio praeiudicialis* en 125 sesteracios¹⁴⁴, pues su único objetivo era posibilitar que diese comienzo el litigio¹⁴⁵. De esa forma se explica que la parte demandada no realizase una contraapuesta.

¹⁴² Sólo a partir de la época clásica se puede considerar que el pretor dirige de forma íntegra todo el procedimiento y puede también decretar la remoción del tutor sospechoso. A este respecto, resulta muy importante la promulgación de un senadoconsulto del que nos informan tanto Gayo (Gai. 1.182), como el autor de la *Epitome Ulpiani* (Tit. Ulp. 11.17).

¹⁴³ BOZZA, F., «*Actio in rem per sponsionem*», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. II (Milán, 1930), p. 626, propone que la fórmula de la *sponsio* podría ser “*Si hereditas l. t. q. d. a. mea est ex iure Quiritium, quia inritum <iniustum, inofficiosum, etc.> est testamentum, cxxv sest. Dare spondes?*”.

¹⁴⁴ Gai. 4.95: *Ceterum si apud centumuiros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem sacramento *** reo prouocato; eaque sponsio sestertiorum CXXV nummum fieri solet propter legem Crepereiam.*

¹⁴⁵ Gai. 4.94: *Non tamen haec summa sponsionis exigitur. non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. ideo autem appellata est PRO PRAEDE VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, quia*

Una vez establecidas las bases del litigio, éste versaría acerca de si las conductas del tutor acusado merecerían ser calificadas como fraudulentas y, en consecuencia, cabría imponer la correspondiente sanción al tutor sospechoso. Esta decisión debería ser impuesta por el mismo órgano jurisdiccional que había conocido inicialmente el proceso y dada la trascendencia social y religiosa que implicaba la decisión, no podría sino tratarse de un órgano de naturaleza popular.

Aunque no es descartable que el procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris* se articulase en época antigua conforme al sistema de las *legis actiones*, seguimos considerando más probable que esta clase de procesos se resolvieran a través de alguno de los recursos fundados en el *imperium* de un magistrado. Esta interpretación no solo concuerda mejor con la *cognitio* magistratual que se aplicaba en época clásica, sino que además aportaba mayor eficacia a la hora de resolver procesos que, dada la gravedad de la acusación, debían ser solventados con la mayor celeridad posible

olim, cum lege agebatur, pro lite et iudiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.

4.2.3. LA ESCASA VIABILIDAD DE UN PROCEDIMIENTO CRIMINAL

En último lugar debemos ocuparnos de la tercera posibilidad procesal a la que hacíamos referencia anteriormente, es decir, a que los supuestos sancionados a través de la *accusatio suspecti tutoris* fuesen considerados ilícitos puramente criminales porque se entienda que generaban un daño al conjunto de la sociedad y, en consecuencia, dieran lugar a un verdadero procedimiento criminal de naturaleza popular (*iudicia publica*) que finalizaría con la imposición de una pena pública.

Aunque los testimonios que se han conservado en relación con el desarrollo del proceso se muestran imprecisos¹⁴⁶, al menos permiten reconstruir los principales rasgos que caracterizaban a los *iudicia publica* en época republicana.

En primer lugar, cabe destacar que se trataba de un procedimiento inquisitorio, de manera que debía ser promovido de oficio por un magistrado, al que correspondía citar a la parte acusada para que compareciese el día indicado ante la asamblea popular. En la fecha establecida, el acusado debía personarse ante la asamblea indicando de qué delito se le acusaba y que pena se proponía contra su persona¹⁴⁷.

Una vez confirmada su comparecencia ante la asamblea popular, el magistrado que había promovido su acusación se encargaba de dirigir la investigación acerca de los hechos que pudieran haber constituido un crimen¹⁴⁸. En el marco de estas competencias, el magistrado se encargaba del interrogatorio del acusado, de la comparecencia de los testigos y de la realización de las pruebas. El desarrollo de estas diligencias se llevaba a cabo en presencia del pueblo reunido como asamblea popular.

Este mismo procedimiento se repetía hasta en tres *contiones*, entre las que debía mediar cuando menos un día de separación temporal. Una vez finalizada la tercera de las reuniones, el magistrado debía proceder, a la vista de la información recopilada en las anteriores sesiones, a formular la acusación definitiva, proponer la pena que debería aplicarse en caso de resultar condenado y fijar la fecha de la última *contio* en la que se invitaba al pueblo a votar sobre la absolución o condena del acusado.

¹⁴⁶ SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., p. 53.

¹⁴⁷ A este respecto, *vid.* Liv. 6.1.6; 25.3.13; 25.4.8; 26.2.7; 37.57.12; 37.58.1; 43.16.11; Val Max. 6.1.7; 6.1.11; Gell., *Noct. Att.* 4.14.3; 6.9.9.

¹⁴⁸ En este sentido, cabe destacar que las fuentes emplean los términos *accusare* y *anquirere* en alusión a la actuación del magistrado, *vid.* Liv. 2.52.5; 6.20.12; 8.33.17; 26.3.5-7.

De esta forma, los juicios populares implicaban una importante movilización de la población, pues la asamblea popular debía reunirse en cuatro ocasiones para emitir una resolución sobre la responsabilidad del acusado. Un proceso de estas características sólo debía promoverse de forma extraordinaria para resolver supuestos que afectaban de forma grave a toda la comunidad. Desde nuestro punto de vista, resulta absolutamente improbable que la remoción del tutor sospechoso, aunque conllevara una vulneración de la *fides tutoris*, pudiera dar lugar a un juicio popular.

No solo resultaría excesivo movilizar a la población en estos supuestos, sino que además en ningún caso parece que las actuaciones fraudulentas realizadas por parte del tutor en perjuicio del patrimonio pupilar puedan asimilarse a las graves conductas que comprendían los *crimina*, ni tampoco la posible remoción del tutor de su cargo puede considerarse una pena de carácter público.

Aunque el procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris* presenta ciertos rasgos de carácter publicístico, parece que puede descartarse que en época antigua se hubiera tramitado conforme al procedimiento criminal ordinario.

4.3. LA HIPÓTESIS EN TORNO A LA DENOMINADA “*REMOTIO SIMPLE*”

Como hemos señalado en los epígrafes anteriores, toda la doctrina romanística había reconocido siempre que era necesario interponer una *postulatio* para iniciar un proceso de acusación contra un tutor sospechoso. Tanto aquellos autores que defienden que se trataba de un procedimiento criminal como aquellos otros que consideraban que debía tramitarse a través de la *cognitio* del pretor, estaban de acuerdo en que se requería una *postulatio* para dar comienzo a las actuaciones procesales.

Sin embargo, en el año 1913 se publicaron dos importantes estudios en los que se proponía una nueva alternativa procesal. Sus autores eran Taubenschlag¹⁴⁹ y Solazzi¹⁵⁰, los cuales analizaron el procedimiento de la *accusatio suspecti* en época clásica y, sin que hubiera mediado acuerdo previo entre ellos, llegaron a la misma conclusión: junto a la tradicional *postulatio suspecti*, en un momento difícil de precisar durante el período clásico, habría surgido también la posibilidad de remover al tutor sospechoso de su cargo sin necesidad de interponer una *postulatio*.

Taubenschlag se refiere a esta nueva manifestación procesal como *Absetzung*, mientras que Solazzi la califica como *simplice remozione*. Se trataría de una modalidad procesal en la que la iniciativa del magistrado sustituiría a la tradicional forma de *accusatio suspecti*. Sin embargo, la desaparición de este nuevo recurso no supondría la desaparición de la antigua *accusatio*, pues la simple *remotio* se habría adaptado a los esquemas del procedimiento tradicional. De esta forma, el proceso podría incoarse a partir de una *accusatio*, pero sería el magistrado quién decidiría si se utilizaba el antiguo procedimiento o, por el contrario, se acudía a la simple *remotio*.

Los defensores de esta hipótesis mantienen que las causas que motivaron la aparición de este nuevo procedimiento simplificado se deberían a las restricciones que imponía la regulación original sobre la *accusatio suspecti tutoris*. En un primer momento tan sólo se perseguían conductas dolosas, lo que resultaba insuficiente para garantizar una adecuada protección de los intereses del pupilo una vez que se consolida la nueva concepción de la tutela. Por ese motivo, los juristas clásicos habrían decidido ampliar el alcance de este recurso procesal con la creación de la *simple remotio*.

¹⁴⁹ TAUBENSCHLAG, R., *Vormundschafrechtliche Studien: Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts* (Leipzig-Berlín, 1913).

¹⁵⁰ SOLAZZI, S., *La minore età nel diritto romano* (Roma, 1913).

Como base de su hipótesis, tanto Taubenschlag como Solazzi fundamentaban su posición en la forma de ordenación de la exposición general de Ulpiano en torno a la *accusatio suspecti tutoris* y otros pasajes del Digesto. A continuación, vamos a analizar sucintamente los principales argumentos en favor de esta teoría, así como las principales objeciones que han recibido por parte de la doctrina posterior.

La exposición de Ulpiano recogida en el Digesto 26.10 es el pilar fundamental sobre el que se asienta la existencia de la simple *remotio*. No cabe duda de que los compiladores recogieron la esencia del plan expuesto por Ulpiano, pero sin embargo varios romanistas consideraron que la introducción que presentaba Ulpiano no se correspondía con la ordenación posterior del contenido del título.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1: *Primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur, deque poena suspecti.*

Tanto el fragmento inmediatamente posterior (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.2), referente al origen decenviral de la *accusatio suspecti tutoris*, como el conclusivo, que hse refería a las penas impuestas al tutor sospechoso (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.18), se ajustaban a la planificación anunciada por Ulpiano. Sin embargo, los fragmentos restantes no encajan con la ordenación prevista. Esta discordancia solo puede explicarse porque los textos de Ulpiano hubieran sido modificados para que se ajustasen a la regulación que debía existir en época justiniana.

Sobre este punto de partida, tanto Taubenschlag como Solazzi analizaron todos los fragmentos de la exposición general de Ulpiano hasta llegar a la conclusión de que la redacción original debía regular las mismas cuestiones para el procedimiento de la *accusatio postulatio* y para la simple *remotio* de forma diferenciada, pero que durante la época postclásica se habría decidido suprimir esta segunda modalidad procesal y, en consecuencia, se habría eliminado de las fuentes jurídicas.

De acuerdo con su interpretación, la aparición de la *remotio simple* durante la época clásica habría posibilitado expandir el alcance de la *accusatio remotio tutoris* a otra clase de supuestos en los que el tutor no actuaba con dolo, sino que se trataba de actuaciones culposas, negligentes o en las que mediaba la ineptitud del tutor.

Tanto Taubenschlag como Solazzi mantienen que la modalidad tradicional de la *accusatio suspecti tutoris* se habría utilizado a partir de ese momento para perseguir los comportamientos fraudulentos del tutor, mientras que el nuevo procedimiento de la simple *remotio* se emplearía en época clásica para sancionar los casos más leves en los que sólo había mediado culpa, negligencia o ineptitud por parte del tutor. En apoyo de estas hipótesis acudían a un texto de Ulpiano.

Ulpiano, 13 *ad Sab.*, D. 38.17.2.41: *Sed quod diximus "reiectionem" utrum sic accipimus "a praetore non dati" an et si suspecti fuerint remoti vel ob negligentiam vel ignaviam repulsi? Etiam hos quis reiectos recte dicet. Ergo et si latitent? sed longum est: nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecit: alioquin et si latitarent, potuit edicto desiderare ut eos praetor adesse iuberet et suspectos eos removet, si deessent.*

Como puede observarse, este fragmento se encontraba recogido en el libro 13 de los comentarios de Ulpiano a Sabino, que se dedicaba principalmente al análisis del senadoconsulto Tertuliano¹⁵¹. Esta disposición, emanada bajo el mandato del emperador Adriano, permitía la delación *ab intestato* de la herencia de un hijo en favor de su madre, siempre que ésta gozase del *ius liberorum*¹⁵² y el causante no tuviera hijos o hermanos consanguíneos.

¹⁵¹ En relación con el senadoconsulto tertuliano, *vid.* LA PIRA, G., *La successione ereditaria*, cit., pp. 277 ss.; GIRARD, F., *Manuel élémentaire*, cit., pp. 900 ss.; GOUTELLE, G., *De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-consulte Tertullien* (París, 1933); SANFILIPPO, C., «Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano», en *Festschrift Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), pp. 364 ss.; LAVAGGI, G., «Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano», en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene* (Nápoles, 1954), pp. 749 ss.; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 646; VOCI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 18 ss.; MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (Colonia, 1967) (recensión de VOCI, P., en *SDHI*, 34 (1968), pp. 397 ss.); QUADRATO, R., «I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano», en *Labeo*, 15 (1969), pp. 360 ss.; LÓPEZ GÜETO, A., *Los senadoconsultos Tertuliano y Orfiziano: antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la relación materno filial en la sucesión intestada*, Tesis doctoral (Sevilla, 2016).

¹⁵² Para profundizar acerca del *ius liberorum*, *vid.* KÜBLER, B., «Über das *Ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten (Fortsetzung und Schluß)», en *ZSS*, 31 (1910), pp. 176 ss.; SOLAZZI, S., «*Ius liberorum* e alfabetismo», en *Scritti di Diritto Romano*, vol. II (Nápoles, 1957), pp. 229 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 421; ZABLOCKA, M., «*Il ius trium liberorum nel diritto romano*», en *BIDR*, 99 (1988), pp. 361 ss.; ASTOLFI, R., *Lex Iulia et Papia*, cit., pp. 26 ss.; JÖRS, P., «*Iuliae Rogationes*» *due studi sulla legislazione matrimoniale augustea* (Nápoles, 1985), pp. 1 ss.; VIARENGO, G., *L'excusatio tutelae nell'età del principato*, cit., pp. 64 ss.

Sobre la base de esta regulación hereditaria, se desarrollaría en época imperial una obligación para la madre de nombrar tutor para sus hijos, de forma que perdería su derecho a la sucesión hereditaria en el caso de que negligentemente no cumpliera con ese deber para con sus hijos¹⁵³. El testimonio de Ulpiano en relación sobre cómo debe interpretarse el término "*reiectionis*" se debe contemplar en este contexto.

De esta forma, el jurista entiende que son rechazados tanto los tutores que han sido propuestos por la madre del pupilo y no han recibido la confirmación del pretor, como aquellos otros que han sido nombrados válidamente, pero posteriormente se han visto removidos del cargo. Taubenschlag y Solazzi consideraron que esta distinción demostraba la existencia de dos cauces procesales distintos, y por tanto, que se podía remover al tutor sin necesidad de *accusatio* previa.

Sin embargo, el análisis conjunto de distintas fuentes vinculadas con este texto¹⁵⁴, parece indicar que la diferenciación entre el tutor destituido por actuaciones de tipo fraudulento frente al tutor removido por su negligencia o ineptitud, no se basa en la utilización de cauces procedimentales distintos, sino únicamente en la aplicación de la nota de infamia cuando el tutor se había comportado dolosamente.

Por otro lado, uno de los pilares fundamentales de la teoría en favor de la simple *remotio* se asienta sobre un fragmento de Ulpiano en el que se precisa que si bien los tutores que no han llegado a administrar no pueden ser acusados, sí que pueden ser removidos de su cargo. Se trata de una afirmación que sin duda encaja perfectamente con las suposiciones de Taubenschlag y Solazzi.

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4.4: *Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.*

¹⁵³ Modestino, *1 excus.*, D. 26.6.2.2: *Ta de peri tys mytros proeirymena dyloutai en epistoly sebyrou, hys ta hrymata hupotetaktai. "Divus Severus Cuspido Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. Et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectionisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum"*.

¹⁵⁴ Vid. LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 108 ss., donde refuta la tesis en favor de la simple *remotio* a través de un análisis detallado de los siguientes preceptos: Inst. 1.26.6; Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.3.18; C.I. 5.43.9 (a. 294); Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.3.17; C.I. 5.43.5 (a. 233); Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.7.1; Trifonino, *14 disput.*, D. 27.2.6.

Las respuestas a esta interpretación no se hicieron esperar. En este sentido, al año siguiente de haberse publicado estos trabajos, Berger¹⁵⁵ presentó un pormenorizado estudio palingenésico sobre la exposición de Ulpiano en el que negaba la existencia de cualquier indicio que permitiera afirmar la existencia de dos manifestaciones procesales distintas sobre la *accusatio suspecti* en época clásica. De esta forma, el autor llegó a la conclusión de que ni en la planificación que abre el título del Digesto ni en el contenido del resto de preceptos se intuían rastros de esa dualidad procesal, sino que todos ellos se referían únicamente a la forma tradicional de la *accusatio*¹⁵⁶.

Además, Berger proponía una interpretación diferente en torno a D. 26.10.4.4. De acuerdo con su punto de vista, en este fragmento se pueden distinguir dos partes bien diferenciadas. En primer lugar se afirma “*qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari*”, lo que pondría de manifiesto que la falta de actividad del tutor no puede ser motivo de *accusatio suspecti tutoris*. A partir de esa afirmación parece constatar que para poder ser acusado se requiere, cuando menos, que haya mediado cierta actitud reprochable en la actuación del tutor que ha sido acusado como sospechoso.

Y, de acuerdo con Berger, eso es precisamente lo que se reafirma en la segunda parte de este fragmento. Si bien es cierto que Ulpiano utiliza la expresión “*removeri*”, este término debe entenderse como un sinónimo de *suspecti postulari*, pues en época clásica no se distingue claramente entre los dos conceptos de tutor *suspectus* y tutor *remotus*. Ahora bien, es comprensible que la utilización de esa expresión, inofensiva desde la perspectiva de Ulpiano¹⁵⁷, pudiera conllevar equívocos para los estudiosos modernos hasta el punto de que llegasen a imaginar la existencia de dos procedimientos procesales distintos para la *accusatio suspecti tutoris*.

Una vez aclarado ese inciso terminológico, Berger considera que la redacción de Ulpiano se limitaba a indicar que los tutores que no hubieran administrado no podían ser acusados como sospechosos simplemente por esa inacción, pero que sin embargo sí que podían ser acusados en el caso de que esa falta de actuación se reputase como una conducta negligente o dolosa.

¹⁵⁵ BERGER, A., *Zur Lehre vom Tutor suspectus* (Weimar, 1914).

¹⁵⁶ A este respecto, *vid.* LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 95-107, donde el autor apunala las críticas vertidas por Berger contra la presunta existencia de la simple *remotio*.

¹⁵⁷ Berger defiende que Ulpiano utilizase este término para evitar que la redacción de su exposición sobre la *accusatio suspecti tutoris* resultase repetitiva y fatigosa para el lector.

A pesar de reconocer la originalidad de la tesis de Berger, no resulta sostenible. Si aceptamos que Ulpiano igualaba la consideración de tutor *suspectus* a la de *remotus*, no se entiende que inicialmente afirmase que “*non possunt suspecti postulari*”. Por el contrario, Laprat consideraba que se trataba de un texto interpolado, puesto que no encajaba con el resto de los testimonios de Ulpiano que nos han llegado en relación con esta materia¹⁵⁸. En todo caso, parece claro que tampoco este precepto podría utilizarse para argumentar la existencia de la simple *remotio*.

En respuesta a las críticas vertidas contra sus trabajos, tanto Taubenschlag como Solazzi decidieron presentar varias contrarréplicas en las que, si bien admitieron ciertas matizaciones, mantuvieron intactos sus postulados iniciales. Sin embargo, con el tiempo se percibe un notable cambio en la posición de Solazzi, pues tiende a abandonar la vehemente defensa de sus tesis¹⁵⁹, reculando paulatinamente en sus posiciones iniciales hasta llegar a repudiar su hipótesis original¹⁶⁰.

En la romanística posterior, la posible aparición de un procedimiento alternativo y más simplificado de remoción del tutor sospechoso durante la época clásica encuentra todavía algunos simpatizantes¹⁶¹, pero no tiene un respaldo mayoritario. Desde nuestro punto de vista, tampoco consideramos factible que llegase a existir un procedimiento de estas características y nos inclinamos a pensar que la confusión reflejada en los textos clásicos se debe al cambio procedimental que se produce en ese período.

De conformidad con las ideas que hemos expuesto a lo largo del presente estudio sabemos que originariamente la única forma tutelar se articulaba conforme a las normas de la sucesión hereditaria. Dado que se concebía como un derecho concedido en favor del tutor y con carácter inamovible, resulta difícil imaginar que se hubiera admitido la remoción del tutor, aunque es posible que se sancionasen las malas actuaciones del tutor removiéndolo de la administración de la tutela.

¹⁵⁸ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 129-171, utiliza como base de su argumentación las fuentes referidas a la negativa del tutor a encargarse de la administración tutelar (Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.7.3; C.I. 5.43.3 (a. 229)), a la negativa a prestar la *cautio rem pupilli salvam fore* (C.I. 5.36.4 (a. 260); 5.42.2 pr. (a. 260)), pero también referidas a las maniobras fraudulentas realizadas para conseguir ser designado como tutor (Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.3.15) y a las relaciones entre el tutor y su pupilo o sus parientes (Ulpiano, *35 ad Ed.*, D. 26.10.3.12).

¹⁵⁹ Especialmente dura la respuesta de SOLAZZI, S., *Tutor suspectus*, cit., pp. 131-188.

¹⁶⁰ SOLAZZI, S., «*Orme di editti pretori in CI 2,12,3*», en *SDHI*, 3 (1937), pp. 128 ss.

¹⁶¹ BONFANTE, P., *Corso I*, cit., pp. 615 ss.; VOLTERRA, E., *Istituzioni*, cit., pp. 130 ss.; BIONDI, B., *Istituzioni*, cit., p. 614; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 585.

Solo a partir de la aparición de la tutela testamentaria, no concebida ya como un mero derecho potestativo obtenido por vía familiar, sino que también presentaba rasgos asistenciales en favor del pupilo, se puede hablar de una verdadera remoción del cargo. En consecuencia, es posible que desde el primer momento se contemplase una doble vertiente sancionadora en relación con las actuaciones fraudulentas del pupilo: en unos casos el tutor podía ser removido de la administración del patrimonio pupilar y en otros la remoción afectaba directamente al cargo de tutor.

Disponibles ambas posibilidades, sin embargo, parece que como consecuencia de la generalización del testamento como instrumento de ordenación por excelencia de la sucesión hereditaria se habría utilizado principalmente la remoción del cargo de tutor. De esta forma se explicaría que los términos *suspectus*, que en origen se habría referido al tutor que solo es removido de la administración, y *remotus*, empleado para aludir a los tutores removidos del cargo, terminasen asimilándose en época clásica.

En realidad, en todo momento solo habría existido un único procedimiento de remoción del tutor sospechoso, que posiblemente se articulaba a través de la *cognitio*¹⁶² de un magistrado y exigía la interposición de una *accusatio* por parte de casi cualquier ciudadano, como veremos más adelante. Sin embargo, con la *accusatio suspecti tutoris* se sancionaba al tutor a la remoción del cargo.

Ahora bien, es posible que en el marco de los cambios de regulación acaecidos durante el comienzo del período clásico se decidiese mantener la posibilidad de que los magistrados tan sólo suspendiesen administrativamente al tutor declarado sospechoso. Se trataría de una condena más leve que la remoción, encaminada a sancionar aquellos supuestos de menor gravedad o en los que no interesaba remover al tutor del cargo para evitar un perjuicio en su reputación social.

Modestino, *I.S. de heuremat.*, D. 26.10.9: *Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.*

¹⁶² Vid. *supra* capítulo VIII apartado 5.4.1.

Como se desprende de la lectura de este fragmento, los romanos consideraban que la remoción del cargo llevaba aparejados efectos enormemente perjudiciales, por lo que consideraban oportuno que en ciertos casos únicamente se suspendiese al tutor en la esfera administrativa. En estos casos, no obstante, se aseguran los intereses del pupilo mediante el nombramiento de un curador.

De todo ello se puede concluir que durante la época clásica el procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris* comenzaba necesariamente con la interposición de una *postulatio*¹⁶³, pero podía concluir de dos formas distintas: con la remoción del tutor o con la suspensión de sus funciones como administrador. Desde esta óptica, cobra un nuevo sentido la exposición de Ulpiano en la que diferencia en repetidas ocasiones la *accusatio* de la *remotio*, pues de acuerdo con nuestra interpretación no en todos los casos en los que el proceso se hubiera iniciado mediante *accusatio* se terminaba con la remoción del tutor sospechoso.

¹⁶³ Respecto a la posibilidad de iniciar el proceso de oficio, *vid. infra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.4.

5. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS*

5.1 COMPETENCIA LIMITADA POR RAZÓN DEL TERRITORIO

Una vez conocidas las distintas posibilidades procedimentales a través de las que podía tramitarse la *accusatio suspecti tutoris*, debemos analizar de la competencia para conocer esta clase de procesos. Para ello debemos retomar la exposición general de Ulpiano, quien tras haberse referido a la procedencia decenviral de la *accusatio*, aludía a los órganos facultados para conocer este tipo de procesos durante el período imperial. Nuestra atención debe centrarse, por ahora, en el primero de los pasajes relativos a la competencia jurisdiccional.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.3: *Damus autem ius removendi suspectos tutores romae praetoribus, in provinciis praesidibus earum.*

En este fragmento se pueden diferenciar dos grandes aspectos relacionados con la *accusatio suspecti tutoris*. En primer lugar, Ulpiano informa acerca de la competencia atribuida, esto es, el *ius removendi*. Y a continuación señala cuáles eran los órganos competentes para ejercitar tal facultad. Aunque nuestra atención debe centrarse en esta segunda parte del texto, consideramos necesario realizar ahora un inciso en relación con la terminología empleada por Ulpiano.

El uso de la expresión “*ius removendi*” implica una evidente vinculación entre la declaración de tutor sospechoso y su remoción. Esta relación podría resultar natural en un principio, pero resulta sorprendente que en la introducción a su exposición general, Ulpiano diferencie claramente entre “*apud quos postulari quis possit suspectus tutor*” por un lado y “*quis (...) et ex quibus causis removetur*” por otro.

De esta forma, mientras que inicialmente parece que el jurista tiende a distinguir dos categorías jurídicas bien diferenciadas al tratar de forma separada al tutor *suspectus* y al tutor *remotus*, el fragmento que ahora nos ocupa parece equiparar ambos términos. Si los órganos “*apud quos postulari quis possit suspectus tutor*” ostentaban un “*ius removendi*”, parece claro que el mismo órgano ante quién se acusaba como sospechoso también podía remover al tutor. Por ahora, no obstante, no profundizaremos más en esta aparente disonancia entre dos fragmentos tan próximos y pertenecientes a la obra de un mismo jurista. Sin embargo, queda apuntado para más adelante.

Con respecto a los órganos competentes para conocer de la *accusatio*, Ulpiano se muestra de nuevo taxativo en las formas. De acuerdo con su testimonio, en sus tiempos se concedía el derecho de remover a los tutores sospechosos a los pretores en Roma y, a los denominados *praeses* en las provincias. Esto implica que el ordenamiento jurídico romano empleaba el principio de territorialidad para determinar que órganos debían conocer cada supuesto de *accusatio suspecti tutoris*.

Con respecto a los procesos que se desarrollaban en Roma, además del pasaje anteriormente mencionado, existen otras fuentes que se pronuncian en el mismo sentido. Aunque la mayor parte de estas alusiones al pretor proceden de la obra de Ulpiano¹⁶⁴, también encontramos referencias similares en otros juristas clásicos¹⁶⁵. Estos testimonios confirman, sin lugar a dudas, la competencia del pretor en los procesos sustanciados en Roma, pero sin embargo ninguno de ellos especifica de qué clase de pretores se trataba. Únicamente tenemos constancia de que debía existir una pluralidad de tutores porque Ulpiano utilizaba una construcción en plural cuando afirmaba que “*damus autem ius removendi suspectus tutores Romae Praetoribus*”.

En un principio, lo más natural es pensar en el pretor urbano. Como es sabido, este magistrado se encontraba investido de *imperium* y se le confiaron amplísimas facultades a la hora de administrar justicia (*iurisdictio*)¹⁶⁶. A pesar de que con el paso del tiempo estas facultades se vieron paulatinamente limitadas, parece en época clásica los pretores urbanos todavía habrían gozado de competencia jurisdiccional para conocer los casos de *accusatio suspecti tutoris* acaecidos en Roma.

¹⁶⁴ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.7: (...) *et si qua alia mulier fuerit, cuius Praetor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere iniuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem*; D. 26.10.1.8: *Si quis de plebeis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud praetorem accusatus, remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus*; D. 26.10.3.4: *Praeterea videndum, an et sine accusatione possit suspectus repelli. et magis est, ut repelli debeat, si praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est*; Ulpiano, 1 *de omn. trib.*, D. 26.10.4.3: *Si praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse*.

¹⁶⁵ Papiniano, 12 *quaest.*, D. 26.10.10: *Decreto praetoris ut suspectus remotus periculum futuri temporis non timet*; Trifonino, 14 *disput.*, D. 27.2.6: (...) *evocatis adfinibus atque amicis tutoris Praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem*.

¹⁶⁶ A este respecto resulta ilustrativo el pasaje de Cicerón en el que recuerda que “*Iuris disceptator, qui privata iudicet iudicarive iubeat, praetor esto. Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quotcumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt*” (Cic., *de leg.* 3.8).

Sin embargo, es sabido que durante la época imperial se tiende a desplazar la competencia de los antiguos magistrados republicanos mediante la creación de una amplia red de funcionarios y la creación de nuevos magistrados, que aparentemente mantenían cierta continuidad con la tradición republicana, pero que en la práctica eran nombrados por el propio emperador y dependían de su voluntad. Entre estos últimos destaca, a efectos de nuestro trabajo, el denominado *praetor tutelarius*.

De acuerdo con una opinión doctrinal estable, la aparición de este magistrado tuvo lugar durante el gobierno de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero¹⁶⁷. La denominación de su cargo ya nos indica que estaba especializado en asuntos tutelares. Concretamente sabemos que, con arreglo a diversos fragmentos de Paulo recogidos en los *Fragmenta Vaticana*¹⁶⁸, las competencias de este pretor se asociaban principalmente con la *datio tutoris* y la evaluación de *excusationes* para abandonar el cargo de tutor.

Debe tenerse en cuenta que durante el Principado se habría consolidado una nueva concepción de la tutela como institución asistencial. Frente a su antiguo carácter potestativo, ahora su funcionamiento se encuentra completamente mediatizado por la intervención de los poderes públicos, que debían salvaguardar los intereses del pupilo, ya fuese mediante el nombramiento de un tutor dativo o confirmando la designación realizada por el *pater familias* en su testamento. En estas circunstancias, parece razonable que se crease un pretor tutelar encargado de los nuevos cometidos que debían realizar los poderes públicos. Por tanto, sus funciones originales parecen haber estado vinculadas principalmente a cuestiones relacionadas con la *datio tutoris*, pero resulta más discutible que tuviera algún tipo de competencia jurisdiccional¹⁶⁹.

¹⁶⁷ ZOZ, M. G., «Sulla data di istituzione dei "iuridici" e del pretore tutelare», en *IURA*, 38 (1987), pp. 175-178, sitúa la aparición de este nuevo magistrado especializado en materia tutelar entre los años 165 y 166 d.C. Para ello pone en relación el contenido de la lápida de Arrio Antonino (CIL. V.1874 (= ILS. 1118)), en la que se indica que fue la primera persona que ocupó el cargo de pretor tutelar, y el testimonio de Julio Capitolino (Iul. Cap., *M. Anton. Phil.* 10.11).

La fecha coincide con la datación que anteriormente contemplaban otros destacados romanistas, entre los que destacan MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, cit., p. 226 nt. 1 y 2; JÖRS, P., *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit* (Hirschfeld, 1892), pp. 52 ss.; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 368.

¹⁶⁸ *Frag. Vat.* 173; 223; 232; 234; 238-242; 244 y 245 (Paulo, *l.s. de off. praet. tutelaris*).

¹⁶⁹ D'ORS, A., «Rescriptos y cognición extraordinaria», en *AHDE*, 47 (1977), pp. 37 ss., estima probable que el *praetor tutelarius* pudiera hacerse cargo tanto de los procesos de la *accusatio suspecti tutoris* como de la *actio tutelae*, pues afirma que "el hecho de que los juicios sobre tutelas muestren una tramitación cognitoria parece explicarse mejor si admitimos la jurisdicción de un pretor especial".

En relación con la *accusatio suspecti tutoris*, si bien es cierto que parece que en esta época se tramitaba a través de la *cognitio extra ordinem*, resulta complicado pensar que recayese bajo la competencia de este nuevo pretor tutelar. Las únicas fuentes que nos informan sobre sus competencias no parecen otorgarle facultades jurisdiccionales de tanto calado, sino que limitan su actividad a la confirmación o denegación del cargo de tutor en aquellos casos en que debía decidir la administración.

Sin embargo, esa misma carencia de fuentes nos impide delimitar una posible la repartición de competencias jurisdiccionales entre el pretor urbano y el pretor *tutelarius* en el tiempo en que convivieron¹⁷⁰. Por estos motivos, nos vemos obligados a admitir, como en su momento había señalado Kaser¹⁷¹, que no existe certeza sobre si Ulpiano se refería al pretor urbano, al pretor tutelar o a ambos.

Con respecto a los territorios conquistados, parece que, en un primer momento, las tareas jurisdiccionales fueron encomendadas a magistrados superiores de Roma, que se desplazaban temporalmente para atender los procesos que surgieran en esas regiones. Sin embargo, la salvaguarda de los intereses de Roma en estos territorios requería la presencia de una estructura administrativa permanente, por lo que se adoptó la provincia como circunscripción administrativa en esos territorios.

Al frente de las mismas se encontraba un *praeses*, que contaba con potestades en el ámbito militar, político y jurisdiccional de la provincia. Sin embargo, como explica Macer la denominación de *praeses* resultaba un título genérico para referirse a diversos cargos de la administración imperial.

Macer, *1 de off. praes.*, D. 1.18.1: *Praesidis nomen generale est eoque et proconsules et legati caesaris et omnes provincias regentes, licet senatores sint, praesides appellantur: proconsulis appellatio specialis est.*

¹⁷⁰ El principal trabajo sobre la concurrencia entre ambos tutores es obra de PERNICE, A., «*Das Tribunal und Ulpian's Bücher de omnibus tribunalis*», en ZSS, 14 (1893), pp. 170-178, quien señala que el pretor urbano conservó competencias para nombrar un tutor extraordinario que dotase y actuase en juicio y también para autorizar la enajenación de bienes pertenecientes al pupilo. Sin embargo, reconoce que la ausencia de fuentes no permite asegurar que mantuviera sus competencias jurisdiccionales en los supuestos de *accusatio suspecti tutoris*. Por su parte, SOLAZZI, S., *Istituti tutelari*, cit., pp. 77 ss., consideraba que hasta la época de la dinastía de los Severos también debía contemplarse la competencia concurrente de los cónsules.

¹⁷¹ KASER, M., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 363 nt. 4; *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 365.

El jurista explica que bajo la denominación de *praeses* se podía englobar a los procónsules, a los legados del César y también a todos aquellos cargos que gobernasen en las provincias, aunque ostentasen el título de senadores. Todos estos gobernadores ostentaban amplísimos poderes en los territorios provinciales, hasta el punto de que su *imperium* sólo se encontraba limitado por los poderes del emperador¹⁷².

De esta forma, las fuentes recuerdan reiteradamente que las competencias del gobernador en el plano jurisdiccional se asemejaban a las facultades de los magistrados o funcionarios encargados de administrar justicia en la ciudad de Roma¹⁷³. Por lo tanto, todo induce a pensar que, de acuerdo con el testimonio de Ulpiano¹⁷⁴, los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* que se sustanciaban en provincias debían ser conocidos por los correspondientes *praeses* o gobernadores provinciales.

Por último, cabe destacar que nada dice el texto de Ulpiano con respecto a la competencia de los magistrados municipales en esta materia. Tampoco tenemos noticia de otras fuentes explícitas en las que fundar tal competencia jurisdiccional, pero no se puede descartar que una eventual mención a estos magistrados municipales hubiera sido suprimida del texto ulpiniano en época postclásica, pues en otro pasaje procedente de sus comentarios al Edicto afirmaba que en su época los magistrados municipales tenían reconocido el derecho para nombrar tutores.

Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 26.5.3: *Ius dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus eoque iure utimur, sed illum, qui ab eodem municipio vel agro eiusdem municipii est.*

El reconocimiento de esta facultad en favor de los magistrados municipales aparece también reconocida en otros fragmentos de la compilación justiniana, procedentes de la obra del propio Ulpiano¹⁷⁵ y de Paulo¹⁷⁶.

¹⁷² Cfr. Ulpiano, 39 *ad Ed.*, D. 1.18.4: *Praeses provinciae maius imperium in ea provincia habet omnibus post principem.*

¹⁷³ Como señala Marciano, los gobernadores provinciales se hacían cargo de todas las competencias que en Roma habrían correspondido a distintos órganos jurisdiccionales, Marciano, 3 *inst.*, D. 1.18.11: *Omnia enim provincialia desideria, quae romae varios iudices habent, ad officium praesidum pertinent.* Cfr. Ulpiano, 2 *de off. proc.*, D. 1.16.7.2; Hermogeniano, 2 *iur. epit.*, D. 1.18.10.

¹⁷⁴ Vid. *supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.3.

¹⁷⁵ Ulpiano, 3 *ad Ed.*, D. 26.4.5.2-3; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.8.1.6.

¹⁷⁶ Paulo, 16 *ad Plaut.*, D. 26.5.19 pr.-1; Paulo, 2 *decret.*, D. 26.7.53.

Sin embargo, tradicionalmente la doctrina ha rehusado reconocer la competencia de los magistrados municipales para nombrar tutores¹⁷⁷. En este sentido, aducen que los textos más importantes referidos a esta cuestión únicamente reconocen esa facultad al pretor en Roma y a los *praeses* en territorio provincial. Esta regulación habría quedado reflejada claramente tanto en las instituciones de Gayo¹⁷⁸, como en la obra de Ulpiano¹⁷⁹ y, posteriormente, en *Tit. Ulp.* 11.18¹⁸⁰ y en las Instituciones de Justiniano¹⁸¹.

De acuerdo con esta interpretación, los magistrados municipales tan solo estarían facultados para proponer el nombramiento de tutores a los *praeses* en sus respectivas localidades, pero nunca habrían tenido capacidad para realizar esos nombramientos¹⁸². Esta hipótesis se apoya en la existencia de un senadoconsulto de la época de Trajano¹⁸³, en función del cual se habría concedido al pupilo una acción para dirigirse, de manera subsidiaria¹⁸⁴, contra aquellos magistrados municipales que hubieran realizado actos preparativos o integrativos de la *datio tutoris*.

Sin embargo, ninguno de los argumentos esgrimidos parece incontestable, pues las fuentes que aluden a la competencia del pretor y el *praeses*, en ningún caso excluyen a los magistrados municipales; por otro lado, tampoco resultaría incompatible que estos últimos pudieran nombrar tutores en sus municipios, pero también estuvieran facultados para proponer el nombramiento de otros tutores al *praeses*, participando de esta forma en actos preparativos o integrativos de la *datio tutoris*.

¹⁷⁷ A este respecto destaca especialmente la posición expresada por SOLAZZI, S., «Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l'Impero romano», en *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, vol. 77.2 (1917), pp. 1-24 (= *Scritti II*, cit., pp. 221-228), que en buena medida se sostiene sobre la obra de MOMMSEN, T., «Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca», en *Gesamelt Schriften*, vol. I (Zúrich, 1914, reimp. 1994), pp. 330 ss.;

¹⁷⁸ Gai. 1.185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia.*

¹⁷⁹ *Vid. supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.3.

¹⁸⁰ *Tit. Ulp.* 11.18: *Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos "tutores atilianos" appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores.*

¹⁸¹ *Inst.* 1.20 pr.: *Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia.*

¹⁸² En este sentido, SOLAZZI, S., *Sulla competenza*, cit., pp. 3 ss.

¹⁸³ *Cfr.* Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.8.2; C.I. 5.75.5 (a. 294).

¹⁸⁴ Como se destaca en las fuentes anteriormente mencionadas, esta acción solo podía ejercitarse si los tutores devenían insolventes o no se había exigido la *satisfactio*.

En realidad resulta mucho más razonable pensar que Gayo se limita a reflejar la regulación que regía desde la publicación de la *lex Atilia*, sin atender a las innovaciones que se habrían producido como consecuencia de la publicación de diversas legislaciones municipales que habrían extendido la competencia de nombrar tutores a los magistrados municipales desde finales del período republicano.

A este respecto cabe destacar que a partir del descubrimiento de las tablillas de Herculano parece confirmarse la posibilidad de nombrar tutores *ex lege Iulia et Titia* por los magistrados locales en los municipios itálicos¹⁸⁵. Aunque algunos autores sostenían que esa mención haría referencia exclusivamente a los supuestos de *tutela mulierum*¹⁸⁶, lo cierto es que a raíz de la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes de la península itálica resulta razonable pensar que, dado que se encontraban fuera de la organización provincial, los asuntos jurisdiccionales de mayor trascendencia quedaran en manos de los magistrados romanos, mientras que las materias que revestían menor relevancia pasaran a competencia de los magistrados municipales.

Ahora bien, no parece que el reconocimiento de la competencia municipal sobre la *datio tutoris* estuviera restringido solo a los municipios itálicos¹⁸⁷, pues en la epigrafía hispana encontramos también disposiciones similares. Se trata concretamente de tres *leges datae*, otorgadas para el territorio de la *Baetica*, coloniales - en el caso de Urso - o municipales - en los casos de Salpensa e Irni.

La referencia más antigua a esta facultad municipal en territorio hispano aparece en la rúbrica 109 de la *lex Ursonensis* del año 44 a.C.

Lex Ursonensis 109: *Cui pupillo pupillae mulierive colonis coloniae Genetivae Iuliae in Hispania tutor non erit incertusve erit et is pupillus eave pupilla mulierve ab Ilviris qui iure dicundo praeerunt eius coloniae postulabit uti sibi tutorem det et nominavit quem tutorem sibi dari volet, tum is Ilvir a quo ita tutor postulatus erit...*¹⁸⁸

¹⁸⁵ Como pone de manifiesto la reconstrucción de ARANGIO-RUIZ, V., «Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri», en *Studi De Francisci*, vol. 2 (Milán, 1956), p. 4, T. Herc. 13: *Cassius Cr[ispu]s II vir/ ex decuriorum decre[to, / quo ne ab] iusto tutore [tutela / abeat, ex] lege Iulia / [et Titia dixit: / Aresc]usae Q. Vidibius / [A]mpliatus sit tuto[r]*.

¹⁸⁶ SOLAZZI, S., «La datio tutoris nelle tavolette di Ercolano», en *Labeo*, 2 (1956), pp. 7 ss.

¹⁸⁷ PANERO ORIA, P., «La datio tutoris en la *Lex Imitana* cap. 29», en *AHDE*, 81 (2011), pp. 981 ss.

¹⁸⁸ D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España romana* (Madrid, 1953), pp. 243-244.

En la misma línea aparece también reflejada esa facultad sobre la *datio tutoris* en la rúbrica 29 de la *lex Salpensana* del año 83 d.C.

*Lex Salpensana 29: R(ubrica). De tutorem datione: Cui tutor non erit, incertusve erit si is eave municeps municipi Flavi Salpensani erit, et pupilli pupillave non erunt, et ab Ilviris qui i(iure) d(icundo) p(raerunt) eius municipi postulaverit, uti sibi tutorem det, <et> eum, quem dare volet, nominaverit: dum is, a quo postulatum erit, sive unum sive plures collegas habebit, de omnium collegarum sententia, qui tum in eo municipio intrave fines municipi eius erit, causa cognita, si ei videbitur, eum qui nominatus erit tutorem dato. Sive is eave, cuius nomine ita postulatum erit, pupil(lus) pupillave erit, sive is, a quo postulatum erit, non habebit collegam <collega> <q>ve eius in eo municipio intrave fines eius municipi nemo erit: tum is, a quo ita postulatum erit, causa cognita, in diebus X proxumis, ex decreto decurionum, quod, cum duae partes decurionum nonminus adfuerint, factum erit, eum qui nominatus erit, quo ne ab iusto tutore tutela <h>abeat, et tutorem dato. Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela <<h>> abeat, tam iustus tutor esto, quam si c(ivis) R(omanus) et adgnatus proximus c(ivis) R(omanus) tutor esset...*¹⁸⁹

Por último, también tenemos constancia de una disposición similar en la rúbrica 29 de la *lex Irnitana* del año 90 d.C.

Lex Irnitana 29: R(ubrica). De tutorem datione. Quoi tutor non erit incertusve erit, si is eave municeps municipi Flavi Irnitani erit, et pupillus pupillave non erit, et a Ilviro iucundo eius municipi postulaverit, ut sibi tutorem det, <et> eum quem dari velit nominaverit, tum is a quo postulatum erit, sive unum sive plures collegas habebit, de omnium collegarum sententia, qui tum in eo municipio intrave fines eius municipi erit, causa cognita, si ei videbitur, eum qui nominatus erit tutorem dato. Sive is eave, cuius nomine ita postulabitur, pupillus pupillave erit, sive is, a quo postulatum erit, collegam non habebit, collegave eius in eo municipio intrave fines eius municipi nemo erit, tum is, a quo ita postulatum erit, causa cognita, in diebus X proximis, ex decreto decurionum, quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint, factum erit, cum, qui nominatus erit, quod ne a iusto tutore tutela h(abeat), ei tutorem dato. Qui tutor

¹⁸⁹ D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España romana*, cit., pp. 300-308.

*h(ac) l(ege) datus erit, is ei cui datus erit, quo ne a iusto tutore tutela h(abeat), tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et adgnatus proximus civi Romani tutor esset*¹⁹⁰.

En todas estas legislaciones municipales se reconoce expresamente la capacidad de los *duunviros* para nombrar tutores, señalando el procedimiento, o mejor dicho los procedimientos, que se debían seguir a tal efecto. Resulta razonable pensar que a partir de estas legislaciones municipales finalmente se terminará reconociendo esta facultad en la obra de los juristas tardoclásicos anteriormente mencionados.

Esta constatación nos lleva a pensar que esos mismos magistrados municipales tendrían también competencia jurisdiccional para conocer supuestos sobre la *accusatio suspecti tutoris*, pues ostentando la facultad de nombrar tutores parece razonable que también pudieran removerlos. En apoyo de nuestra interpretación debemos señalar que la rúbrica 84 de la *lex Irnitana*¹⁹¹, que hacía referencia a los límites jurisdiccionales de los magistrados municipales tanto por razón de la materia como por razón de la cuantía, ofrece una amplia facultad a las partes para que, en caso de sobrepasar tales límites, acuerden voluntariamente someterse a la jurisdicción del magistrado municipal, sin necesidad de acudir al pretor en Roma o al gobernador provincial.

¹⁹⁰ LAMBERTI, F., *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum* (Nápoles, 1993), p. 63.

¹⁹¹ *Lex irnit.* 84: *R(rubrica). Quarum rerum et ad quantam pecuniam in eo municipio i(uris) d(ictio) sit. Qui eius municipes incolaeve erunt, qua de re ii inter se suo alterius nomine qui municeps incolave sit privatim intra fines eius municipi agere petere persequi volent, quae res HS (mille) minorisve erit, neque ea res dividua quo fraus huic legi fieret facta sit fiatve aut de capite libero deve maiore pecunia quam HS (mille) praeiudicium futurum erit sponsiove facta futurave erit, neque ea res agetur qua de re vi factum sit quod non ex interdicto decretove iussuve eius qui iure dicundo praeerit factum sit, neque de libertate, neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur, aut depositi, aut tutelae cum quo quis suo nomine quid earum rerum fecisse dicatur, aut lege Laetoria, aut de sponsione quae in probrum facta esse dicatur, aut de dolo malo et fraude, aut furto cum homine libero liberave, aut cum servo dum id ad dominum dominamve pertinebit, aut iniuriarum eum homine libero liberamve agetur; eave de re aliquid praeiudicium futurum sit de capite libero, de is rebus etiam, si uterque inter quos ambigeretur volet, de ceteris quoque omnibus de quibus privatim agetur neque in iis praeiudicium de capite libero futurum erit, et omnium rerum dumtaxat de vadimonio promittendo in eum locum in quo is erit qui ei provinciae praeerit futurusve esse videbitur eo die in quem ut vadimonium promittatur postulabitur; Ilviri, qui ibi iure praeerit, iuris dictio, iudicis arbitri recuperatorum, ex iis qui ibi propositi erunt, iudici datio addictio, item eadem condicione, de eo quod HS (mille) minorisve erit, aedilis qui ibi erit iuris dictio iudicis arbitri re-ciperatorum ex eodem genere iudicique datio addictioque esto.*

5.2. CONCURRENCIA CON OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Aunque la exposición de Ulpiano parece clara en relación con los órganos encargados de resolver las acusaciones de tutores sospechosos, cabe plantearse si existía algún tipo de limitación derivada de la concurrencia con otros órganos jurisdiccionales facultados para conocer este tipo de procesos. Y esta posibilidad debemos analizarla tanto para el caso de los pretores en Roma como para los gobernadores en territorios provinciales.

Con arreglo a los pretores romanos es el propio Ulpiano quien nos induce a plantearnos esa posible concurrencia al señalar que si algún plebeyo hubiera sido acusado por delitos graves en la tutela debía ser remitido ante el *praefectus urbi* para ser duramente castigado.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.8: *Si quis de plebeis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud praetorem accusatus, remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus.*

Este fragmento indica que el *praefectus urbi* gozaba de competencia para sancionar, cuando menos, las actuaciones más graves cometidas por el tutor en el desempeño de su cargo. Esta constatación nos lleva a preguntarnos en primer lugar acerca de la aparición de esta nueva figura jurisdiccional y, por otra parte, hasta qué punto sus competencias pudieron entrar en conflicto con las facultades atribuidas a los pretores en materia de *accusatio suspecti tutoris*.

Con respecto a la primera cuestión, no cabe duda de que se trata de una figura jurídica con un largo recorrido histórico¹⁹², pero el texto de Ulpiano no puede sino referirse al cargo imperial recuperado por el emperador Augusto en época imperial, que

¹⁹² Tácito, *ann.*, 6.10.3 y Dionisio de Halicarnaso, *ant. Rom* 4.82.1, sitúan los inicios de la *praefectura urbi* en el origen de la propia ciudad de Roma y atribuyen a Rómulo su creación junto con la del Senado y la asamblea popular romana. Sin embargo, esta pretendida relevancia originaria del *praefectus urbi* choca con el escaso interés que Livio muestra por la institución en época monárquica (Liv. 1.59.12). Esta aparente incongruencia podría explicarse gracias a la recuperación que Augusto hace de la figura del *praefectus urbi*, que habría supuesto que historiadores como Tácito o Dionisio de Halicarnaso, posteriores temporalmente a Augusto, se vieran forzados a reescribir la historia de la institución para proporcionarle un pasado acorde con la importancia que recibe en época imperial. A pesar de todo, parece probable que un antecedente de esta figura hubiera existido ya con anterioridad en época monárquica. Al respecto, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, X., «Il *praefectus urbi* reppublicano e la sua proiezione nella tarda Reppublica e nel Principato», en *Rivista di Diritto Romano*, XIII (2013), pp. 4-5.

no se corresponde de ningún modo con el carácter y las funciones que tradicionalmente habría desempeñado el *praefectus urbi* en época republicana antigua¹⁹³.

Antiguamente sus prerrogativas tenían un marcado carácter extraordinario, pues se trataba de una institución que sólo intervenía cuando los magistrados supremos, es decir los cónsules, se encontraban fuera de Roma. En esas situaciones, el último cónsul que abandonase la ciudad debía nombrar un *praefectus urbi* para que se encargase de las funciones consulares en ausencia de los magistrados electos. Para ello contaba con los mismos poderes que el cónsul que lo había nombrado, aunque su autoridad quedaba condicionada al regreso de alguno de los cónsules.

Sin embargo, esa concepción del *praefectus urbi* cayó en desuso tras la aparición de la figura del pretor urbano en el año 367 a.C., aunque mantuvo algunas competencias de naturaleza jurisdiccional. De hecho, el jurista Pomponio recuerda que esta figura se reintrodujo para hacerse cargo de las ferias latinas.

Pomponio, *l.s. enchir.*, D. 1.2.2.33: *Et haec omnia, quotiens in re publica sunt magistratus, observantur: quotiens autem proficiscuntur, unus relinquitur, qui ius dicat: is vocatur praefectus urbi. Qui praefectus olim constituebatur: postea fere latinarum feriarum causa introductus est et quotannis observatur. Nam praefectus annonae et vigilum non sunt magistratus, sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt. Et tamen hi, quos cistiberes diximus, postea aediles senatus consulto creabantur.*

Por el contrario, en época de Augusto se concibe como un cargo estable al que se confieren amplias potestades, tanto de gobierno como de carácter jurisdiccional, con el fin de garantizar la paz y el orden en la ciudad de Roma¹⁹⁴. Las funciones originarias del *praefectus urbi* se circunscribían al desempeño de labores de seguridad, pero parece que con el paso del tiempo, especialmente a partir del mandato de Septimio Severo, habría adquirido nuevas competencias dentro de la ciudad de Roma¹⁹⁵.

¹⁹³ Vid. VITUCCI, G., *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale* (Roma, 1956), pp. 9 ss.

¹⁹⁴ Se cree que Augusto rediseña las funciones de estos funcionarios imperiales sobre la base de los administradores que nombró César para que se encargasen de dirigir la ciudad de forma permanente (Cass. Dion., *Hist. rom.* 43.48; Sueton., *Caes.* 76.2).

¹⁹⁵ En el caso del *praefectus urbi*, su competencia territorial se extendía hasta las cien millas a partir de la muralla serviana que rodeaba la ciudad (Ulpiano, *l.s. de off. praef. urbi*, D. 1.12.1.4).

La recuperación de esta figura concuerda con la pretensión imperial de controlar el poder, pues las funciones tradicionalmente desempeñadas por los magistrados superiores eran asumidas por personas afines al emperador. Así, no había necesidad de ser elegidos por las asambleas populares y quedaban fuera del control del Senado. Sin embargo, para conservar la apariencia de respeto a la legalidad republicana, estos nuevos funcionarios imperiales tuvieron que convivir con las antiguas magistraturas.

Por ese motivo se producían problemas de concurrencia a la hora de conocer acerca de ciertas materias, como parece ser el caso del *praefectus urbi*, que terminaría ocupando las competencias jurisdiccionales de los pretores romanos. Entre ellas debían contarse las tutelas, que también podían ser controladas por los pretores.

Inst. 1.20.4: *Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem praefectus urbis vel praetor secundum suam iurisdictionem, in provinciis autem praesides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus iussu praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.*

De acuerdo con este fragmento de las Instituciones justinianas, parece que el *praefectus urbi* se habría visto obligado compartir facultades en materia tutelar con los pretores romanos. Y a tenor de la expresión “*secundum suam iurisdictionem*” parece que se trataba de competencias compartimentadas, es decir, que el *praefectus urbi* no conocía de los mismos supuestos jurisdiccionales que recaían bajo la competencia de los pretores romanos. Sin embargo, carecemos de más información al respecto y tan sólo podemos aventurarnos a señalar que muy posiblemente el criterio se basaba en la gravedad de las actuaciones cometidas.

En este sentido, tanto el fragmento de Ulpiano con el que dábamos comienzo a este apartado¹⁹⁶, como otros tomados de su obra sobre el *praefectus urbi* parecen indicar que este magistrado imperial se encargaba de sancionar los supuestos más graves cometidos en relación con la tutela. No se trataría, por tanto, de una instancia limitada a supuestos de *accusatio suspecti tutoris*, sino una magistratura especialmente diseñada para castigar aquellos comportamientos en que se hubieran visto afectados los intereses de un pupilo debido a la conducta grave de algún sujeto relacionado con el desempeño de las funciones tutelares, aunque no fuese el mismo tutor.

¹⁹⁶ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.8

Ulpiano, *lib. sing. de off. praef. urb.*, D. 1.12.1.7: *Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia: quos probari poterit vel nummis datis tutelam occupasse, vel praemio accepto operam dedisse ut non idoneus tutor alicui daretur, vel consulto circa edendum patrimonium quantitatem minuisse, vel evidenti fraude pupilli bona alienasse.*

Como se puede observar, la competencia del *praefectus urbi* no sólo alcanzaba a tutores fraudulentos, sino que también tenía competencias para sancionar a quienes aceptaban dinero con el fin de procurar que los pupilos recibieran un tutor inadecuado. Esto nos lleva a pensar que la repartición competencial no se establecía con base en la naturaleza del ilícito, ni en atención al sujeto infractor, sino que el *praefectus urbi* se encargaba de sancionar todos los actos delictuales cometidos en el ámbito de la tutela que por su especial gravedad merecieran un mayor reproche para el sujeto infractor, que muy posiblemente recibía una sanción de carácter penal.

Por último, cabe preguntarse sobre la posible competencia de los magistrados municipales con respecto a los supuestos de *accusatio suspecti tutoris*. Como indicamos en el apartado anterior, a partir de diversos fragmentos conservados en la compilación de Justiniano y algunas disposiciones recogidas en *leges municipales*, hemos deducido que los magistrados municipales estaban facultados para nombrar tutores y, por lo tanto, cabe pensar que también podían removerlos del cargo¹⁹⁷.

En este contexto podría producirse cierta concurrencia en territorio provincial entre la competencia reconocida a estos magistrados municipales en sus localidades y la competencia del *praeses* en esos mismos territorios provinciales. En estas situaciones se atendería a los criterios de limitación de la competencia de los magistrados municipales por razón de la cuantía y la materia, que imponían que cuando un litigio superase los mil sestercios o cuando, en materia tutelar, el demandado hubiera obrado en nombre propio, debía encargarse el gobernador provincial o sus delegados.

¹⁹⁷ A este respecto, compartimos la opinión de PANERO ORIA, P., *La datio tutoris en la Lex Irnitana*, cit., p. 993, cuando afirma que “en cualquier caso la *Lex Irn.*, y del mismo modo la *Salp.* y la *Urs.* No se refieren a la responsabilidad de los magistrados que nombran tutor, si bien la referencia a la *causa cognitio* en su nombramiento, hace que nos inclinemos a pensar que, pese a ello, también los magistrados hispánicos, encargados de organizar y vigilar la tutela, han de asumir las consecuencias derivadas de la falta de idoneidad del tutor nombrado”.

En consecuencia, cabe pensar que la mayor parte de los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* serían conocidos por los magistrados locales, mientras que el *praeses provinciae* tan solo se ocuparía de los casos más relevantes. Residiendo en la capital de la provincia y encargado de mantener el orden en la región, el reconocimiento de estas facultades jurisdiccionales a los magistrados locales permitirían al gobernador ocuparse de los asuntos realmente trascendentales para la provincia.

En conclusión puede afirmarse que del mismo modo que el *praefectus urbi* debía ocuparse de los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* más graves acaecidos en Roma, en perjuicio de los pretores, parece que en territorio provincial también se debía atender a ese mismo criterio para proceder a la repartición de los supuestos que debían conocer el *praeses provinciae* y los magistrados municipales.

5.3. DELEGACIÓN DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tras señalar las líneas maestras del reparto de competencias jurisdiccionales para conocer los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* en función del territorio en el que se ejercitase la acusación, Ulpiano refiere que estas facultades podían ser objeto de delegación. Y esta posibilidad es accesible tanto para el gobernador en las provincias, como para el pretor en la ciudad de Roma.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.4: *An autem apud legatum proconsulis suspectus postulari possit, dubium fuit: sed imperator Antoninus cum divo Severo Braduae Maurico proconsuli Africae rescripsit posse, quia mandata iurisdictione officium ad eum totum iuris dicundi transit. Ergo et si praetor mandet iurisdictionem, simili modo dicendum est suspectum posse apud eum postulari cui mandata est; cum enim sit in provincia hoc rescriptum, consequens erit dicere et eum, cui a praetore mandata est iurisdicatio, posse de suspecto cognoscere.*

En este fragmento se usa como fundamento un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla mediante el que responden a una cuestión planteada por M. Valerius Bradua Mauricus¹⁹⁸. Se trataba de un procónsul de África que se preguntaba si era posible acusar a un tutor como sospechoso ante un delegado del procónsul. La respuesta de los emperadores es afirmativa porque, como señalaba Ulpiano, al haberse delegado la jurisdicción general en el legado, este gozaba de plenos poderes jurisdiccionales. De forma análoga, el fragmento concluye señalando que también debía aplicarse esta máxima cuando el Pretor romano delegaba su jurisdicción en otro subordinado.

Parece que este fragmento pretendía aclarar que en los casos en que se delegaba toda la jurisdicción a un subalterno del magistrado correspondiente, ya fuese en Roma o en las provincias, se consideraba que quedaba delegada también la competencia en materia de *accusatio suspecti tutoris*. No obstante, se entiende que la delegación específica de esa facultad se encontraba ya completamente admitida antes de la promulgación del citado rescripto a principios del siglo III d.C.

¹⁹⁸ Para profundizar acerca de la biografía e este procónsul, *vid.* Macer, *1 de off. praes.*, D. 1.21.4 pr., *vid.* HENZE, W., s.v. *Bradua*, en *PWRE*, t. 3.1 (Stuttgart, 1897), cols. 807 ss.

Este punto se confirma gracias a un testimonio del jurista Macer, en el que no solo aparece referido el mismo rescripto al que aludía Ulpiano, sino en el que además se afirma que la *cognitio suspecti tutoris* podía delegarse específicamente con la finalidad de favorecer los intereses de los pupilos sometidos a tutela.

Macer, *1 de off. praesid.*, D. 1.21.4 pr.: *Cognitio de suspectis tutoribus mandari potest. Immo etiam ex mandata generali iurisdictione propter utilitatem pupillorum eam contingere constitutum est in haec verba: "imperatores severus et antoninus braduae proconsuli africae. cum propriam iurisdictionem legatis tuis dederis, consequens est, ut etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere"*.

Aunque algunos autores han considerado que este fragmento podría haber sufrido modificaciones¹⁹⁹, parece que el hecho de que se relacione, en términos muy similares a los que utilizaba Ulpiano, la delegación de la *cognitio suspecti tutoris* con la delegación general de jurisdicción realizada en favor del *legatus* y las dudas que se manifiestan sobre esa delegación inducen a pensar que se habría respetado el sentido original del texto de Macer²⁰⁰.

En cuanto a su contenido, el fragmento resulta muy interesante a nuestros efectos. Por un lado, nos explica el motivo que justifica la posibilidad de delegar la jurisdicción en materia de *accusatio suspecti tutoris*. Al indicar que la medida se adopta "*propter utilitatem pupillorum*", Macer está explicando que la delegación se admitiría con el fin de evitar que los menores sufrieran perjuicios innecesarios. En este sentido, no resultaría justo que cuando el pretor no pudiera hacer frente a la ingente cantidad de acusaciones presentadas, la paralización o retraso en el procedimiento perjudicase al pupilo, que se habría visto obligado a seguir sometido a la tutela de un tutor que había actuado en contra de sus intereses.

¹⁹⁹ En este sentido se pronuncia DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano* (Padua, 1937), pp. 253 ss., quien considera la delegación de la *cognitio suspecti tutoris* como "puramente e semplicemente come un caso de mandato autonomo" porque considera que "indubbiamente il principio "*propter utilitatem pupillorum*" è classico. Questo è il vero motivo che ha spintogli imperatori a concedere la delega della "*cognitio suspecti tutoris*". Ma se questo è il motivo è illogico dire que trasferita la iurisdictio «consequens est» intendere trasferita la *cognitio*".

²⁰⁰ En este sentido se manifiesta PÉREZ LÓPEZ, X., *La delegación de jurisdicción en el Derecho romano* (Madrid, 2011), pp. 352-353, aunque reconoce que la delegación de la *cognitio suspecti tutoris* en el marco de esa delegación general tiene visos de excepcionalidad.

Sin embargo, la *iurisdictio mandata* podía consistir en un traspaso de toda la jurisdicción que correspondía al magistrado delegante o tan sólo referirse a un recurso o conjunto de recursos procesales en concreto como se pone de manifiesto en un famoso pasaje de Ulpiano.

Ulpiano, *3 de omn. trib.*, D. 2.1.16: *Solet praetor iurisdictionem mandare: et aut omnem mandat aut speciem unam: et is cui mandata iurisdictio est fungetur vice eius qui mandavit, non sua.*

Y precisamente en esa distinción se habría fundamentado la promulgación del rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, al que también aludía Macer, pues su finalidad consistía en aclarar que la delegación específica en materia de *accusatio suspecti tutoris* se debía considerar comprendida dentro de una delegación general de toda la jurisdicción del magistrado delegante. No obstante, la posibilidad de delegar las facultades específicas en materia de *accusatio suspecti tutoris* existiría desde mucho antes.

A pesar de que no se tiene constancia de fuentes que se refieran específicamente al asunto, el historiador Tito Livio explica que durante la segunda guerra púnica el Senado habría ordenado al pretor peregrino Marco Emilio delegar su jurisdicción en el pretor urbano. Se trataría, por tanto, de un supuesto de *iurisdictio mandata* que parece remontarse a la época de las *legis actiones*²⁰¹:

Liv. 24.44.2: *M. Aemilius praetor, cuius peregrina sors erat, iurisdictione M. Atilio collegae, praetori urbano, mandata Luceriam prouinciam haberet legionesque duas quibus Q. Fabius, qui tum consul erat, praetor prae fuerat*²⁰².

En consonancia con ese mismo origen remoto, un fragmento de Juliano señala que la *iurisdictio mandata* fue establecida por los *mores maiorum*, lo que lleva a pensar que se trata de una práctica que se remontaba a una época muy antigua.

Juliano, *1 dig.*, D. 2.1.5: *More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet.*

²⁰¹ PUGLIESE, G., *Il processo civile romano* I, cit., p. 166.

²⁰² Para un análisis en profundidad sobre el sentido de este texto, vid. PÉREZ LÓPEZ, X., *La delegación de jurisdicción*, cit., pp. 123 ss.

De todo lo expuesto hasta el momento, se deduce que tanto los pretores en Roma como los gobernadores provinciales contaban con la posibilidad de delegar sus facultades jurisdiccionales desde época muy temprana, por lo que no sorprende que con el paso del tiempo esa posibilidad también se terminara extendiendo al ámbito de la *accusatio suspecti tutoris*.

Esa delegación podía realizarse a través de dos vías, pues se admitía que se realizase la delegación específica de esa competencia o bien que se englobase en la delegación genérica de toda la jurisdicción del magistrado. Si bien parece que esta segunda posibilidad se consolida con un rescripto emanado por los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, no conocemos con certeza el momento en que se admitió la *iurisdictio* delegada de una competencia específica, aunque todos los indicios llevan a pensar en un origen muy remoto.

Por último, aunque varias fuentes confirman la realización de delegaciones en la urbe romana durante el Principado²⁰³, la creación de numerosos pretores para encargarse de las *cognitiones extraordinariae* habría evitado que esta práctica se generalizase en la ciudad. Por el contrario, todo apunta a que esta delegación fue mucho más habitual en territorio provincial²⁰⁴.

²⁰³ Cfr. Ulpiano, 2 de *omn. trib.*, D. 2.1.15 pr.; Ulpiano, 3 ad *Ed.*, D. 5.1.2 pr.-2; Juliano, 5 *dig.*, D. 1.21.3; Ulpiano, 3 de *omn. trib.*, D. 2.1.16; Ulpiano, 1 ad *Ed.*, D. 2.1.17.

²⁰⁴ FANIZZA, L., «*Iurisdictio mandata*», en *SDHI*, 60 (1994), pp. 303-359; ID., *L'amministrazione della giustizia nel Principato: aspetti, problemi* (Roma, 1999), pp. 61 ss.

5.4. LA SITUACIÓN COMPETENCIAL DURANTE LA ÉPOCA ANTIGUA

Hasta el momento, todos nuestros esfuerzos se han centrado en determinar qué órganos ostentaban la competencia jurisdiccional para conocer sobre los supuestos de la *accusatio suspecti tutoris* en la época imperial. Afortunadamente para este cometido contábamos con la valiosa información conservada en el Digesto, pero por desgracia no sucede lo mismo con las fuentes relativas a la época antigua.

Ante la falta de información a este respecto, consideramos que la única forma de arrojar algo de luz sobre la cuestión competencial pasa por continuar trabajando sobre las conclusiones que alcanzamos en el capítulo anterior en relación con los distintos procedimientos que pudieron aplicarse en época antigua. Aunque manifestamos nuestra preferencia por un posible procedimiento cognitorio, también indicamos que no podía descartarse la aplicación del sistema procesal de las *legis actiones* y, ni tan siquiera, la posibilidad de que los *iudicia publica* resolvieran estos casos.

Al igual que procedimos en el apartado relativo al posible procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris* en época antigua, ahora nuevamente debemos analizar por separado cada una de estas tres posibles competencias.

5.4.1. UNA *COGNITIO* SUSTANCIADA POR EL PRETOR

De acuerdo con nuestra interpretación el germen de la *accusatio suspecti tutoris* remonta sus orígenes a la ley de las XII Tablas, aunque no estuviera contemplada como una acción independiente en la legislación decenviral. Dado que la única forma tutelar que existía en aquel entonces era la denominada tutela legítima, cabe pensar que las actuaciones fraudulentas del tutor serían sancionadas mediante alguna pena de carácter sacral en un ámbito estrictamente familiar.

A partir de la consolidación de la tutela testamentaria en época postdecenviral se habría articulado la *accusatio suspecti tutoris* como un verdadero recurso procesal para perseguir jurídicamente a los tutores fraudulentos. A este respecto ya hemos señalado que nuestra posición se suma a la doctrina mayoritaria en cuanto que consideramos que en origen estos procesos se sustanciarían en una única instancia ante un magistrado con potestades jurisdiccionales. Si bien parece fuera de toda duda que esta función habría correspondido al pretor desde, al menos, la época clásica, cabe preguntarse qué clase de magistrado ostentaría la facultad para conocer acerca de estos procesos antes de que la pretura fuera instaurada en el año 367 a.C.²⁰⁵.

Dada la antigüedad de esta acción, parece razonable pensar que esta competencia hubiera recaído sobre la figura del cónsul²⁰⁶. Como es bien sabido, los cónsules tenían originariamente conferido el *imperium* máximo, de manera que ostentaban todo tipo de competencias, entre las que se encontraba la jurisdicción. Sin embargo, esta faceta de su *imperium* fue conferida, por su especial trascendencia, a la magistratura de los pretores. A partir de ese momento, estos magistrados debieron hacerse cargo de solventar todos los procesos de acusación de tutores sospechosos.

²⁰⁵ Aunque la tradición remonta el origen de la pretura a esa fecha, DE MARTINO, F., *Storia de la costituzione romana*, cit., 427, afirma que debió ser muy anterior. En cuanto a las causas de su aparición, las fuentes parecen divergentes. Por un lado, Livio recuerda que se trataba de una creación patricia con el objetivo de mantener el ámbito de la jurisdicción alejado de los plebeyos, que habían visto reconocido su derecho de acceso al consulado por las mismas *leges Liciniae Sextiae* del año 367 a.C. (Liv. 6.42).

Sin embargo, Pomponio indica que la creación de los pretores se debe a que los cónsules eran requeridos para comandar al ejército en las constantes guerras en que se encontraba inmersa Roma, de forma que se requería un nuevo magistrado que se encargase de administrar la jurisdicción en ausencia de éstos (Pomponio, *lib. sing. enchir.*, D. 1.2.2.27).

²⁰⁶ Mantienen esta opinión, entre otros, JÖRS, P., «Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit», en *Festgabe R. v. Ihering* (Leipzig, 1892); KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 282; LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., p. 35.

Ahora bien, los pretores no se habrían limitado a instruir el procedimiento, sino que también se habrían ocupado de resolverlo a través de alguno de los recursos basados en su *imperium*. Concretamente, creemos que la resolución ante la acusación de un tutor como sospechoso adoptaría la forma de un interdicto o *decretum*. Así se ofrecería una solución expedita ante una situación que no permitía dilaciones.

De este modo, los pretores habrían conservado la competencia exclusiva sobre los procesos de *accusatio suspecti tutoris*, hasta que el devenir histórico de Roma habría impulsado el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a otros magistrados como los *praeses provinciae* para atender los casos que tuvieran lugar en territorio provincial y, por otra parte, como los magistrados especializados que surgieron en época imperial para conocer de diversas materias privatísticas.

5.4.2. UNA POSIBLE RESOLUCIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE LOS *CENTUNVIROS*

Sin embargo, anteriormente señalamos que resultar dudoso que una decisión de tanta trascendencia como era la remoción del *tutor suspectus* quedase al arbitrio de la decisión de un solo magistrado. El hecho de remover a un tutor de su cargo suponía privar de sus derechos adquiridos, mediante vía legítima o testamentaria, a un ciudadano romano. Una medida de tan graves implicaciones permitiría pensar en el arbitrio de un órgano colegiado que representase la voluntad popular.

Durante la época antigua la tutela se asignaba conforme a la delación hereditaria. La designación de tutor se llevaba a cabo en función de una serie de normas socialmente establecidas que protegían los intereses familiares o acorde a unas formas testamentarias mediatizadas por la necesidad de publicidad ante o grupos sociales que representasen a la comunidad. Así, es posible que en origen la destitución del tutor se realizase en presencia de las antiguas asambleas populares²⁰⁷ o, en una época más remota, ante la propia comunidad gentilicia a la que perteneciese el tutor²⁰⁸.

Sin embargo, estas posibilidades no pasan de ser hipótesis sin ningún respaldo sólido en las fuentes. Por ese motivo, mantenemos un cierto escepticismo con respecto a estas interpretaciones. No obstante, consideramos posible que la regulación de la época antigua fuera distinta a la que conocemos gracias a las fuentes clásicas y, en concreto, parece que la presencia de un órgano popular podría encajar con la posibilidad de que el procedimiento se tramitase acorde al sistema de las *legis actiones*.

En este sentido, anteriormente ya nos hemos referido a la hipótesis planteada por Hruza en torno a la posibilidad de que estos procesos se sustanciasen ante el tribunal de los *decemviri stilibus iudicandis* o ante el tribunal de los *centumviri*. Sin embargo, esta posibilidad requeriría no solo probar la existencia de esos tribunales en una época inmediatamente posterior a la publicación de la ley de las XII Tablas, sino que también habría que justificar las causas que motivaban la participación de tribunales de carácter popular en procesos de carácter privatístico.

²⁰⁷ HRUZA, E., *Über das lege agere pro tutela*, cit., pp. 76 ss.

²⁰⁸ Se trata de una postura desarrollada principalmente por FADDA, P., *L'azione popolare*, cit., pp. 44 ss., sobre la base de los trabajos de Ihering y Voigt. Aunque no lo nombra expresamente, parece que Fadda se refiere a una institución familiar semejante al *consilium domesticum*, es decir, que fuese capaz de controlar y, en su caso, sancionar los comportamientos inadecuados del tutor.

A pesar las numerosas teorías acerca del posible origen de estos dos tribunales²⁰⁹, la doctrina más reciente se inclina por situar su aparición en torno al siglo III a.C.²¹⁰. Aunque el colegio de los *centumviri* posiblemente fuera anterior en el tiempo al de los *decemviri stilibus iudicandis*²¹¹, lo cierto es que todos los indicios apuntan a que ambos habrían surgido en un momento de grandes transformaciones en el plano jurídico, que habrían afectado especialmente al ámbito del derecho sucesorio²¹².

Esta datación histórica concuerda con la fecha de consolidación del testamento y la aparición de la *accusatio suspecti tutoris* para sancionar a los tutores testamentarios que actuaban fraudulentamente. Sin embargo, la mayor antigüedad del tribunal de los *centumviri* nos predispone a inclinarnos en favor de que fuera este tribunal el posible conocedor de los procesos de tutor sospechoso. Para confirmar esta sospecha debemos preguntarnos acerca de las competencias de estos tribunales.

En el caso de los *decemviri stilibus iudicandis* debemos distinguir dos grandes etapas, diferenciadas por la fecha de promulgación de las *leges Iuliae*. Inicialmente actuaban como jueces en litigios sobre el *status libertatis* de los habitantes de Roma, al tiempo que también desempeñaban labores de magistrados al encargarse de presidir las sesiones judiciales del tribunal de los *centumviri*²¹³. Sin embargo, no existe ningún indicio de que se ocupasen de controversias relacionadas con la tutela.

²⁰⁹ Acerca del origen de ambos tribunales, *vid.* GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri*, cit., pp. 5 ss. y 101 ss., donde se recogen las distintas posiciones doctrinales que se han mantenido a lo largo de la historia sobre esta cuestión.

²¹⁰ De acuerdo con GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri*, cit., pp. 485 ss., afirma que el colegio de los *decemviri* y el de los *centumviri* se crearon aproximadamente al mismo tiempo y que no hay testimonios que sustenten su aparición antes del siglo III a.C. El autor italiano llega a esta conclusión tras analizar en profundidad los textos de Festo (Paolo Diacono), s.v. “*Centumviralia iudicia*” y de Pomponio (D. 1.2.2.27-28). Para delimitar la fecha de aparición de ambos tribunales, el término *post quem* se fija en el año 242 a.C. con base en la afirmación de Pomponio acerca de que los *decemviri* se crearon tras la aparición del pretor peregrino y tenían como función principal presidir el colegio centumviral. El término *ante quem* se determina gracias a las comedias de Plauto, que ya recogen referencias a los *decemviri* antes de la organización administrativa de las provincias de Sicilia y Cerdeña, que se produjo en el año 227 a.C.

²¹¹ En Pomponio, *l.s. enchir.*, D. 1.2.2.28 se indica que los *decemviri* surgieron para asumir la presidencia del tribunal de los *centumviri*, con lo que se reconoce la preexistencia de estos últimos.

²¹² Se trata, por otra parte, del mismo período histórico en el que FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, cit., p. 76, sitúa el origen de otras magistraturas de rango inferior, como los *triumviri capitales* a los que se encomendaba el encarcelamiento de los acusados pendientes de un juicio público y la vigilancia nocturna, o los *triumviri monetales* que se encargaban de la emisión de la moneda.

²¹³ *Vid.* Liv. 3.55.7.

Tras promulgarse las *leges Iuliae* impulsadas por Augusto²¹⁴, los *decemviri* abandonaron su condición de jueces, de forma que sus competencias quedaron limitadas a materias relacionadas con el tribunal de los *centumviro*s²¹⁵. En concreto, parece que se encargaban del nombramiento de sus integrantes y, por encima de todo, prestaban ayuda al *praetor hastarius* en el desempeño de sus funciones como presidente de las distintas subcomisiones en que trabajaban los *centumviro*s²¹⁶.

En relación con el colegio de los *centumviri*, la doctrina más autorizada sostiene que este tribunal tan sólo se encargaba de dirimir controversias relacionadas con el ámbito de las sucesiones hereditarias²¹⁷. Al respecto, las fuentes republicanas recuerdan numerosos supuestos solventados por el tribunal de los *centumviro*s, en los que se ven afectadas tanto sucesiones *ab intestato* como sucesiones testamentarias.

Cicerón refiere algunos conocidos casos como el litigio sobre el reino de Egipto dejado en herencia al pueblo de Roma por el rey Alejandro²¹⁸ o la famosa causa curiana que enfrentó a Licinio Craso contra Quinto Mucio Escévola por la sustitución pupilar de un hijo que fue concebido y nombrado heredero, pero que nunca llegó a nacer²¹⁹, junto a otros casos particulares como el del joven soldado que defendía sus derechos sucesorios tras haber sido desheredado por su *pater familias*²²⁰, la controversia entre la familia de los Marcelos y la de los Claudios en la que se disputaban la herencia del hijo de un liberto²²¹ o el caso de un forastero que fallece en Roma sin dejar testamento²²².

²¹⁴ Cuando hablamos de *leges Iuliae* nos referimos a las *leges* introducidas por Augusto desde el año 18 a.C. hasta el año 9 d.C., que buscaban regular el ámbito familiar y recuperar algunos de los *mores maiorum* que se habían perdido.

²¹⁵ Sueton., *Augusto* 36.

²¹⁶ El tribunal de los *centumviro*s se dividía en cuatro grandes secciones o *hastae*, cuya denominación proviene de la festuca o lanza (*hasta*) que se fijaba en el suelo cuando se reunía el tribunal, en recuerdo simbólico de la primitiva tradición litigiosa romana. Vid. Gai. 4.16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat (...) festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*

²¹⁷ Esta es la opinión mantenida por autores como MOMMSEN, T., *Römisches Staatsrecht*, cit., p. 220; BOZZA, F., *Sulla competenza dei Centumviri* (Nápoles, 1928), pp. 21 ss.; COSTA, E., *Cicerone giureconsulto*, (Bologna, 1927), p. 35 nt. 1; DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, cit., p. 39; GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri*, cit., pp. 116 ss.

²¹⁸ Cic., *de leg. agr.* 2.16.44.

²¹⁹ Cic., *de orat.* 1.39.180.

²²⁰ Cic., *de orat.* 1.38.175.

²²¹ Cic., *de orat.* 1.39.176.

²²² Cic., *de orat.* 1.39.177.

Valerio Máximo también deja constancia del litigio sobre el reino de Egipto²²³, así como del caso de Carseolano que pedía la nulidad del testamento de su padre natural por haber resultado preterido²²⁴, del litigio que afecta al testamento del loco Tuditano²²⁵ o del supuesto de Pompeo Regino, quién decidió no impugnar el testamento de su hermano a pesar de que éste no le había nombrado como heredero²²⁶.

Parece claro, por tanto, que el tribunal de los *centumviri* se encargaba, cuando menos, de asuntos relacionados con la materia hereditaria. De hecho, hay que tener en cuenta que la aparición de este colegio se habría producido a la par que se consolidaba el testamento *per aes et libram* y la tutela testamentaria. Hasta entonces prevalecían la delación hereditaria legítima y la tutela legítima, que no requerían publicidad, pues la condición de las personas llamadas a ocupar la posición de herederos o tutores estaba determinada por normas de público conocimiento²²⁷.

En contraposición a la regulación primitiva, la nueva modalidad testamentaria surgida en época postdecenviral ofrece una mayor autonomía personal, por lo que tiende a desarrollarse en un ámbito mucho más privado. Esto conlleva que no hay conocimiento público de su contenido, con el consiguiente riesgo de que se cometa algún tipo de abuso sobre una materia que sigue afectando a la comunidad. En respuesta a la necesidad de controlar el contenido de esos actos testamentarios, se crea el tribunal de los *centumviri* como representación popular en estos asuntos.

Si bien no cabe duda de que este tribunal se encargaba de sustanciar procesos hereditarios, cabe preguntarse si su competencia se extendía a otras materias distintas. A pesar de que existen múltiples teorías a este respecto, nuestro interés debe centrarse concretamente en determinar si este colegio estaba facultado para conocer sobre litigios acerca de la institución tutelar. A este respecto, únicamente conocemos un texto de Cicerón que puede arrojar algo de luz sobre la cuestión.

²²³ Val. Max. 7.7.1.

²²⁴ Val. Max. 7.7.2.

²²⁵ Val. Max. 7.8.1.

²²⁶ Val. Max. 7.8.4.

²²⁷ En este sentido, tenemos que recordar que la primitiva delación originaria otorgaba un lugar preferente a los *sui heredes* en la sucesión hereditaria. En el caso de que un *pater familias* careciese de herederos naturales, se intentaba conseguir algún *suus heres* mediante alguna de las formas testamentarias primitivas. Tanto el testamento *calatis comitiis* como el testamento *in procinctu* incidían en la idea de publicidad, pues en ambos casos se exige hacer partícipe de su contenido a los comicios curiados o a los compañeros de armas respectivamente.

Cic., *de orat.* 1.38.173: *Nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae.*

Como puede observarse, Cicerón se vale del testimonio de Craso para asegurar que el tribunal de los *centumviri* se encargaba de numerosas instituciones jurídicas, entre las que cita expresamente a la tutela. A primera vista, podría parecer que el debate queda resuelto. Sin embargo, no hay que olvidar que este fragmento se encuadra dentro de una disertación de Cicerón sobre la pereza y el desconocimiento jurídico de los oradores que frecuentan los tribunales de justicia²²⁸.

No se trata de un texto con una finalidad pedagógica ni con pretensiones aclarativas sobre las funciones de este tribunal, sino de una dura crítica efectuada por Cicerón contra aquellos oradores que solían acudir habitualmente a los tribunales sin tener apenas conocimientos jurídicos. En ese contexto de crítica a los oradores que no tienen conocimientos del Derecho deben interpretarse las alusiones de Cicerón a las causas centunvirales sobre usucapiones, tutelas, derechos gentilicios, agnaciones, aluviones, nexos, servidumbres, paredes, luces, goteras, testamentos anulados o confirmados, y demás innumerables puntos del derecho.

Por ese motivo, consideramos que este fragmento no debe ser entendido como un compendio de todas las causas tratadas por el tribunal de los *centumviri*, sino más bien como una explicación adicional de la importancia que tenían muchas de las causas que debían conocer esos oradores. De no ser así, habría que preguntarse por qué razón no se mencionan expresamente las causas hereditarias, que constituían la principal competencia de este tribunal de los *centumviri*.

²²⁸ Cfr. Cic., *de orat.* 1.38.172: *Verum, quoniam sententiae atque opinionis meae voluistis esse participes, nihil occultabo et, quoad potero, vobis exponam, quid de quaque re sentiam. Antoni incredibilis quaedam et prope singularis et divina vis ingeni videtur, etiam si hac scientia iuris nudata sit, posse se facile ceteris armis prudentiae tueri atque defendere; quam ob rem hic nobis sit exceptus; ceteros vero non dubitabo primum inertiae condemnare sententia mea, post etiam impudentiae.*

Concuerda con el hecho de que en los siguientes párrafos de su *De oratore*, Cicerón insistiera en la trascendencia que revestían muchas causas civiles, mencionando expresamente alguno de los supuestos, a los que hemos aludido anteriormente, que caen bajo la competencia del tribunal de los *centumviro*s.

Cic., *de orat.* 1.38.175: *Quid? Si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviro*s, *cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. [Nempe] in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.*

No puede discutirse que Cicerón engloba a la tutela entre las distintas materias de las que puede conocer el tribunal *centumviral*. Pero no resulta nada claro que pudiera conocer sobre cualquier tipo de causas tutelares. Aceptar esta premisa supondría que su competencia también se extendería a asuntos sobre usucapiones, derechos gentilicios, agnaciones, aluviones, nexos, servidumbres, paredes, luces, goteras y testamentos. Una competencia de estas dimensiones resulta ciertamente inimaginable²²⁹.

La única solución plausible pasa por entender que el tribunal de los *centumviri* podía conocer acerca de todas las causas mencionadas por Cicerón, siempre y cuando se encontrasen vinculadas con un proceso hereditario²³⁰. De hecho, todas esas materias son circundantes al fenómeno sucesorio. Sólo gracias a esta interpretación puede entenderse la expresión “*ceterarumque rerum innumerabilium iura*” utilizada por Cicerón, pues en el fondo lo que pretendía expresar es que el tribunal de los *centumviro*s podía conocer sobre casi cualquier tipo de materia jurídica, siempre que esta apareciera vinculada a una causa principal sobre asuntos hereditarios.

²²⁹ BOZZA, F., *Sulla competenza dei Centumviri* (Nápoles, 1928), pp. 21 ss., ha demostrado que el tribunal de los *centumviri* no presentaba una competencia tan amplia.

²³⁰ JOBBÉ-DUVAL, E., «Explication de la loi 16 au code de inofficioso testamento», en *Mélanges Gérardin* (París, 1907), p. 355 ss.; GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri*, cit., pp. 173 ss.

Entre estos supuestos debía contarse el caso de la *accusatio suspecti tutoris*. Ahora bien, debemos recordar ahora que durante la época antigua la tutela todavía se concebía como una *potestas*, por lo que remover al tutor de su cargo se concebía como una privación de sus derechos adquiridos por vía testamentaria. Con esa decisión, los *centumviri* estarían contraviniendo la voluntad originaria del causante, ¿existe alguna causa que justifique una decisión de tal trascendencia?

En respuesta a esta cuestión, debe tenerse presente que la *accusatio* sancionaba comportamientos dolosos del tutor que iban contra la *fides*. Dado que el nombramiento testamentario se basaba en la confianza que el causante tenía en la persona designada como tutor, cabe pensar que el tribunal de los *centumviri* podría estar facultado para anular esa designación si consideraba que el testador nunca hubiera realizado ese nombramiento de haber conocido las conductas fraudulentas del tutor.

En apoyo de esta tesis se podría argumentar que desde finales del siglo I a.C. se reconoce al tribunal de los *centumviri* competencia para encargarse de los supuestos de la llamada *querela inofficiosi testamenti*²³¹. Mediante este procedimiento se pretendía declarar un testamento como inoficioso sobre la base de una pretendida enajenación del causante (*color insaniae*)²³² aducida por los herederos del causante²³³.

Ante estos casos, los *centumviri* estarían llamados a evaluar, gozando de un amplio margen de discrecionalidad, si el testador se encontraba en posesión de sus facultades mentales en el momento de confección del testamento. Nuevamente nos encontramos con una forma de actuación conocida: el tribunal no entra a valorar la decisión del causante, sino que se apoya en el criterio de la desaparición de su verdadera voluntad para así poder anular su disposición testamentaria.

²³¹ Parte de la doctrina ha mantenido que tras la aprobación de las *leges Iuliae* la competencia de los *centumviri* quedó reducida a este ámbito, *vid.* MARRONE, M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* (Palermo, 1955), pp. 36 ss.; sin embargo, esta postura ha sido duramente criticada, entre otros, por GAGLIARDI, L., *Decemviri e Centumviri* (Milán, 2002), p. 221, y CASINOS MORA, F. J., *De Hereditatis Petitione* (Madrid, 2006), pp. 114 ss.

²³² Como señala TALAMANCA, M., *Istituzioni*, cit., pp. 768 ss., la *querela inofficiosi testamenti* se fundamenta sobre el incumplimiento del *officium pietatis*, que impone al causante la obligación de no desheredar a sus descendientes sin causa justificada y no preterir a sus parientes más cercanos.

²³³ GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., p. 451, explica que durante la época antigua los descendientes del causante ejercitaban contra los instituidos como herederos la *petitio hereditatis* a través de la *legis actio per sacramentum*, con el fin de obtener de los *centumviri* la atribución de una cuota de la herencia. La formación de la *querela inofficiosi testamenti* responde a un momento posterior, posiblemente en el siglo I d.C., cuando este régimen jurídico ya se ha consolidado.

Con la *accusatio suspecti tutoris* sucedería algo similar. Los *centumviri* no se pronunciarían sobre la idoneidad de la elección del tutor acusado como sospechoso, sino que analizarían si su comportamiento se ajustaba a la decisión que en su momento había tomado el causante. Y sólo en el caso de entender que el comportamiento de ese tutor hubiera vulnerado la *fides* que se había depositado sobre su persona, procederían a declarar la nulidad de la disposición testamentaria sobre la que se fundamentaba el nombramiento del tutor que ahora había sido declarado sospechoso. Una vez anulada la designación testamentaria, existiría un fundamento jurídico para proceder a la remoción del tutor que había faltado a la confianza depositada sobre su persona.

En todo este procedimiento podría entreeverse una argumentación que, en cierto modo, estaría anticipando la facultad inquisidora de los magistrados de época clásica. En relación con la *inquisitio*, existe casi unanimidad en la doctrina a la hora de considerar que en el derecho clásico se distinguía entre la confirmación de tutores *ex inquisitione* y *sine inquisitione*. De acuerdo con Modestino, se diferenciaba si el magistrado se encargaba de confirmar al tutor testamentario previa realización de una *inquisitio* o, por el contrario, decidía prescindir de la misma.

Modestino, 6 *excus.*, D. 26.3.1.2 *Et siquidem pater fuerit, qui dederit tutorem, amplius nihil ut plurimum inquit, qui praeest, sed simpliciter eum confirmat; si autem alius quis dederit, tunc inquit personam, si apta sit.*

Como se puede observar, el texto toma como punto de referencia la intervención del *pater familias* en la designación del tutor, pues en esos casos el magistrado no tenía que realizar ninguna indagación. Por el contrario, si lo hubiera designado otra persona, entonces sí debía realizar las indagaciones oportunas²³⁴. De esta forma, se manifiesta el respeto que existía por la voluntad del *pater familias*, en cuanto que era la persona más interesada y con mayor discernimiento para decidir el mejor destino de su familia.

Sin embargo, el propio Modestino recuerda que incluso cuando el nombramiento provenía del *pater familias*, se podía realizar una indagación previa si el magistrado correspondiente lo consideraba oportuno.

²³⁴ En las fuentes justinianeas se encuentran numerosos ejemplos que nos permiten entender quiénes eran esas otras personas distintas al *pater familias* a las que se refiere Modestino. Así, podía tratarse de la madre (D. 26.2.4; D. 26.3.2; 26.6.4.4; D. 31.76.6; C.I. 5.28.4 (a. 224); C.I. 5.29.1 (a. 224)), el patrono (D. 26.2.28.2; D. 26.3.4; D. 27.1.30.3), el tío (D. 26.3.5) o el abuelo materno (D. 27.1.13.12).

Modestino, 7 *diff.*, D. 26.2.4: *Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit, cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit.*

Esta misma facultad inquisidora del magistrado parece confirmarse también gracias al testimonio de Trifonino.

Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.3.8: *In confirmando tutore hoc praetor inquirere debet, an duraverit patris voluntas: quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatum dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emersit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt.*

Esta posibilidad de indagar sobre la persona designada como tutor por el *pater familias* no puede responder a una finalidad correctora por parte del magistrado, pues realizar una indagación sobre la idoneidad de la persona elegida supondría confrontar el principio anteriormente referido por Modestino, ya que se estaría poniendo en tela de juicio la elección realizada por el cabeza de familia.

Consciente de esa contradicción, Trifonino aclaraba en sus *disputationes* que la voluntad del testador se respetaba por encima de todo. Y únicamente se denegaba la confirmación del tutor escogido por el *pater familias* si se detectaba alguna circunstancia que permitiera pensar que de haber sido conocida por el *pater familias*, éste habría modificado su voluntad testamentaria.

Trifonino, 14 *disput.*, D. 26.3.10: *Utilitatem pupillorum praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum. Nam patris voluntatem praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa praetor de tutore comperta habet. Quid denique si postea de eo, quem pater testamento codicillisve non iure dedit, scripsit tutorem esse nolle? Nempe non sequitur primam voluntatem praetor, a qua pater discessit.*

Como destaca Trifonino, la labor del pretor debe atender a los intereses del pupilo, pero éstos no podían sobreponerse a la voluntad del testador. De esta forma, si los hechos descubiertos por el magistrado en su *inquisitio* habían sido previamente

conocidos por el testador, se procedía a la confirmación de su nombramiento. Esto supone que la *inquisitio* no consistía en un juicio acerca de la idoneidad del tutor²³⁵. Por el contrario, se trata de un caso similar a los supuestos de la *accusatio suspecti tutoris*, pues con estas actuaciones se pretendían descubrir indicios de que el tutor hubiera podido faltar a la *fides* depositada por el causante sobre su persona²³⁶.

En época antigua, sin embargo, sólo cabe pensar que una labor de este tipo fuera desarrollada por un órgano de carácter popular. Ahora bien, se puede pensar que a partir de la primitiva labor de indagación realizada por el colegio de los *centumviri* se pudo ir conformando un sentido más técnico de *inquisitio*, que en época clásica se habría utilizado tanto en el ámbito estrictamente criminal²³⁷ como en la confirmación de tutores²³⁸ y curadores²³⁹ por parte del magistrado correspondiente.

²³⁵ GUZMÁN, A., *Caución tutelar en Derecho romano* (Pamplona, 1974), pp. 49 ss., expone un resumen de la doctrina que arrojan los textos analizados en los siguientes términos: “la confirmación del tutor designado por el padre exigía, ante y sobre todo, el respeto a su voluntad; por esto, en principio esa confirmación se hacía siempre, y ello implicaba que la *inquisitio* no fuera necesaria. Pero, como lógica consecuencia del principio del respeto a la voluntad paterna, la confirmación no se hacía si el magistrado descubría algún hecho que permitiera interpretar que la real voluntad testamentaria habría cambiado, de haber sido conocido por el testador; por el contrario, si ese hecho había sido conocido por aquél, la confirmación se ejecutaba de todos modos”.

²³⁶ Diversos pasajes vinculan la *inquisitio* con la *fides*, así se habla de *fides inquisitionis* en Papiniano, 4 *resp.*, D. 26.2.28 y Papiniano, 11 *quaest.*, D. 26.5.13.2; de *fides inquiri* en *Cod. Theod.* 11.8.3.1 y C.I. 1.55.9.1; de *inquisita fide* en C.I. 7.32.5 (a. 291); de *inquisita fide veri* en C.I. 9.9.23.1 (a. 290); y de *inquiri fides veritatis* en C.I. 9.22.5 (a. 230).

²³⁷ Para más información sobre la *inquisitio* en el ámbito criminal, *vid.* LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio. Ordo – cognitio extra ordinem – cognitio: rapporti ed influenze reciproche*, en *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, 56 (1934), pp. 277 ss.; BISCARDI, A., *Inquisitio ed accusatio nel processo criminale extra ordinem*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 1(1989), pp. 235 ss.

²³⁸ Modestino, 7 *diff.*, D. 26.2.4; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.2.19.1; Papiniano, 4 *resp.*, D. 26.2.28.2; Neracio, 3 *reg.*, D. 26.3.2 pr.; Papiniano, 11 *quaest.*, D. 26.3.5; Papiniano, 5 *resp.*, D. 26.3.6; Hermogeniano, 2 *iur. epit.*, D. 26.3.7 pr.-1; Trifonino, 14 *disp.*, D. 26.3.8; Ulpiano, 61 *ad Ed.*, D. 26.5.18; Paulo, 9 *resp.*, D. 26.5.24; Escévola, 2 *resp.*, D. 26.5.26; Trifonino, 13 *disp.*, D. 26.6.4.4; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.15; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.7; Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 27.3.9.2; Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.8.1.3; Ulpiano, 30 *ad Sab.*, D. 46.3.14.5; C.I. 5.29.1 (a. 224); C.I. 5.35.2.4 (a. 390); C.I. 5.42.4 (a. 294); C.I. 5.59.5 pr.-2 (a. 531); *Inst.* 1.13.5; *Inst.* 1.20.3; *Cod. Theod.* 3.17.4.4.

²³⁹ Neracio, 3 *reg.*, D. 26.3.2.1; Papiniano, 11 *quaest.*, D. 26.5.13.2.

5.4.3. LOS MAGISTRADOS ENCARGADOS DE LOS *IUDICIA PUBLICA*

Aunque en el apartado relativo al posible procedimiento de la *accusatio suspecti tutoris* en época antigua ya hemos destacado que resultaba ciertamente improbable que este se hubiera sustanciado ante los *iudicia publica*, hemos considerado oportuno hacer una pequeña referencia a los magistrados que podrían haberse encargado de un juicio de estas características en época antigua.

Estos procesos solían estar presididos habitualmente por magistrados menores como los ediles, los cuestores, los *duumviri perduellionis*, así como los tribunos y ediles de la plebe²⁴⁰. No obstante, cuando estos *iudicia publica* tenían lugar ante los comicios centuriados o por tribus debían estar presididos por un magistrado con *imperium*, que la mayor parte de las veces habría correspondido al pretor.

²⁴⁰ GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A., *Teoría y práctica judicial*, cit., p. 25.

6. SUJETOS ACUSADOS COMO SOSPECHOSOS

6.1. SOBRE EL MOMENTO EN QUE PODÍA EJERCITARSE LA *ACCUSATIO*

Antes de ocuparnos propiamente de los sujetos que podrían ser acusados como sospechosos, debemos analizar la cuestión relativa al momento procesal en que podría ejercitarse la *accusatio suspecti tutoris*. Para ello debemos rescatar la segunda parte de un fragmento al que nos hemos referido anteriormente.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.5: (...) *Quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela, non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit. Proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatae hereditatis crimine, si minus, furti.*

Como se puede observar, Ulpiano señala que los tutores podían ser removidos del cargo si se constataba algún tipo de comportamiento doloso durante la vigencia de su cargo tutelar. Pero, además, el jurista afirma que si esos actos se producían antes de haber alcanzado la condición de tutor, incluso aunque su conducta hubiera perjudicado los intereses del pupilo, no podía ser acusado como sospechoso posteriormente.

El ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* se encontraba restringido, por tanto, al período de tiempo en que estuviera vigente la tutela. Una vez hubiera finalizado esta, no se podía ejercitar la acusación e incluso, como recuerda Papiniano, se extinguiría cualquier juicio contra el tutor, aun cuando se hubiera llegado a admitir previamente la acusación contra el tutor sospechoso²⁴¹.

Papiniano, 5 *resp.*, D. 26.10.11: *Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris quamvis pridem recepta solvitur.*

En el supuesto de que se hubieran observado comportamientos reprochables del sujeto que había ocupado el cargo de tutor, un rescripto del emperador Caracalla con fecha en el año 212 d. C. aclaraba que una vez finalizada la tutela, el antiguo tutor sólo podía ser perseguido ya a través de la *actio tutelae*²⁴².

²⁴¹ Lo mismo sucedía, según nos informan las Instituciones de Justiniano, si una vez incoado el proceso fallecía el tutor, *vid.* Inst. 1.26.8: *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit posteaque tutor vel curator decesserit, extinguatur cognitio suspecti.*

²⁴² C.I. 5.43.1 (a. 212).

Si bien todos estos testimonios parecen concordar a la hora de señalar cuándo dejaba de existir la posibilidad de acusar al tutor sospechoso, resulta mucho más difícil de precisar el momento a partir del cual se podría ejercitar la *accusatio suspecti tutoris*. En la exposición de Ulpiano se indica reiteradamente que solo se puede acusar como sospechoso únicamente a las personas que estén ocupando el cargo de tutor²⁴³.

Sin embargo, en ningún momento se aclara a partir de qué momento exacto se consideraba que un tutor podía ser acusado como sospechoso. En este sentido, hay que distinguir claramente entre el momento en que se alcanzaba la condición de tutor y el momento en que se comenzaban a desempeñar las funciones propias del cargo. A este respecto parece referirse otro fragmento de Ulpiano.

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4.4: *Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.*

La redacción del pasaje resulta ciertamente confusa. Por un lado se afirmaba que los tutores que no llegaron a gestionar el patrimonio pupilar no podían ser acusados como sospechosos, pero a continuación se indicaba que estos podían ser removidos por su desidia, negligencia o dolo en su actuación.

Dejando a un lado la interpretación que reconoce la existencia de dos procedimientos diferenciados para remover al tutor sospechoso en este fragmento²⁴⁴, parece que Ulpiano señala que en su tiempo resultaba imposible acusar de sospechoso a un tutor que no hubiera gestionado nada. Aunque el texto es algo oscuro, parece que esa interpretación podría mantenerse sin excesivos problemas. Sin embargo, en otro pasaje posterior recogido en el Digesto y tomado de la misma obra de Ulpiano, parece que el jurista expresa exactamente lo contrario.

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.7.3: *Item si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit. Quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est.*

²⁴³ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3 pr.; 5-10.

²⁴⁴ Vid. *infra* apartado 5.4.3.

Como se puede observar, Ulpiano explica que en aquellos casos en que el tutor no compareciera para hacerse cargo de sus funciones, primero debía ser requerido por el pretor mediante un edicto, pudiendo posteriormente ser removido como sospechoso si se mantenía en situación de incomparecencia. Aunque el propio jurista advierte de que esta medida se aplicaba muy raramente y sólo tras haberse recabado información diligente sobre el caso, lo cierto es que no puede negarse que el contenido del fragmento se contrapone al texto expuesto anteriormente.

Y el problema se complicaba todavía más, pues en un rescripto de Alejandro Severo del año 229 dirigido a una mujer llamada Fortunata, esta preguntaba acerca de la posibilidad de obligar a gestionar al tutor de sus hijos. En su respuesta, el emperador indica que el gobernador de la provincia debería obligar al tutor a desempeñar sus funciones administrativas empleando medidas rigurosas y, en el supuesto de que estas no diesen resultado, el tutor podía ser acusado como sospechoso.

C.I. 5.43.3: Imperator Alexander Severus a Fortunatae. Praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. Quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis (a. 229).

Al igual que sucedía con el pasaje de Ulpiano, este rescripto aboga inicialmente por solventar la inactividad del tutor con medidas de carácter sancionatorio. Se reserva la *accusatio suspecti tutoris* solo para el supuesto de que los tutores persistan en su inoperatividad, pues entonces se considera que lo más conveniente es que estos sean removidos y se nombren nuevos tutores. Ahora bien, esta posibilidad contradice, al menos a primera vista, la regla general expresada por Ulpiano de que no se podía acusar como sospechosos a los tutores que no habían llegado a gestionar.

La contradicción entre estas dos regulaciones resulta indiscutible. Si bien parece que las discrepancias entre el fragmento recogido en D. 26.10.4.4 y el rescripto de Alejandro Severo podrían llegar a explicarse por la diferencia temporal que existe entre los textos²⁴⁵, no se puede entender la disonancia entre los dos textos pertenecientes a la

²⁴⁵ Mientras que el rescripto del emperador Alejandro Severo se emite en el año 229, la obra *de omnibus tribunalibus* parece haberse publicado bajo el gobierno del emperador Caracalla (211-217). En ese lapso de tiempo puede que se produjeran modificaciones en la regulación de la tutela que explicasen la novedad

misma obra de Ulpiano. En este sentido, algunos autores han defendido interpretaciones que permitieran encajar el contenido de ambos textos²⁴⁶, aunque desde nuestro punto de vista la solución a esta aparente incongruencia sólo puede alcanzarse atendiendo a otras fuentes que aluden a la cuestión. En este sentido, resulta especialmente relevante un pasaje recogido en las Instituciones de Justiniano.

Inst. 1.26.5: *Suspectus est autem et qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut Iulianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Iulianus scripsit, et secundum eum constitutum est.*

El texto se puede dividir en dos partes claramente diferenciadas. La primera de ellas, sobre la que volveremos más tarde, parece atribuir a Juliano la misma idea que aparecía en D. 26.10.4.4, al considerar que el tutor *suspectus* es aquel que no desempeña con fidelidad la tutela. Sin embargo, la segunda parte del fragmento matiza que el propio Juliano consideraba que el tutor sospechoso podía ser removido de su cargo incluso antes de que hubiera comenzado a desempeñar sus funciones.

Se trata de un pasaje que concuerda con el rescripto de Alejandro Severo y el fragmento de Ulpiano recogido en D. 26.10.7.3. No obstante, este fragmento nos aporta una valiosa información adicional: la doble alusión a Juliano parece indicar que este jurista defendió esta interpretación en su época, quizás frente a la regulación que se venía aplicando anteriormente. En este sentido, las Instituciones de Justiniano pondrían de manifiesto el origen de esta nueva interpretación jurídica.

que parece reflejarse en el rescripto. Por el contrario, SOLAZZI, S., *Tutor suspectus*, cit., pp. 150 ss. considera que el rescripto habría sido modificado por los compiladores justinianos y propone que su redacción original sería “*quod si in eadem contumacia perseveraverint, postulari ut removeantur non prohiberis*”, de forma que encajase con el contenido recogido en D. 26.10.4.4.

²⁴⁶ La interpretación más importante a este respecto se debe a BERGER, A., *Zur Lehre vom Tutor suspectus* (Weimar, 1914), quien a lo largo de toda su obra defiende la inexistencia de la denominada remotio simple. De acuerdo con su teoría, la primera parte del pasaje contenido en D. 26.10.4.4 en la que se afirma que “*qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari*” realmente quería indicar que la simple inacción del tutor no sería causa suficiente para justificar la acusación del tutor como sospechoso por sí misma. Ahora bien, gracias a la segunda parte del fragmento sabemos que si esa falta de actuación se encontraba motivada por la desidia, la negligencia o el dolo del tutor, entonces sí cabía la posibilidad de remover al tutor de su cargo. Sin embargo, esa interpretación iguala los términos de *suspectus* y *remotus*, por lo que no se explicaría entonces que Ulpiano afirmase de forma tan tajante que los tutores que no llegaron a gestionar “*non possunt postulari*” y que inmediatamente después se desdijera.

La hipótesis cobra fuerza si tenemos en cuenta que la *accusatio suspecti tutoris* aparece estrechamente ligada a la tutela testamentaria durante la época antigua, pues se trataba de tutores que en origen podían renunciar libremente a su cargo mediante la denominada *abdicatio tutelae*, pero que a medida que la institución tutelar evoluciona en un sentido asistencial sufren fuertes restricciones en su libertad para ejercitar la *abdicatio tutelae* debido a la imposición de un régimen de *excusationes*²⁴⁷.

Según indicamos en su momento, parece que estas modificaciones se produjeron bajo el gobierno del emperador Claudio, que habría conferido a los cónsules la facultad de nombrar tutores dativos y suprimir la libertad de abdicar libremente, con el fin de que pudieran decretar que el tutor se encargase de sus funciones tutelares si observaban algún riesgo para el pupilo en su inacción²⁴⁸. En el caso de que el tutor mantuviese su injustificada inactividad en relación con la gestión de la tutela, podía ser sancionado a través de un procedimiento *extra ordinem*.

Esto nos lleva a pensar que a partir de la segunda mitad del siglo I a.C. podría haber tenido lugar un cierto debate jurisprudencial acerca de los efectos jurídicos que conllevaba esta nueva regulación en la práctica. Cabe pensar que en ese contexto Juliano defendiera ampliar el alcance de la *accusatio suspecti tutoris* a supuestos de tutores que no habían llegado a gestionar el patrimonio pupilar, frente a la posición de otros juristas que abogaban por respetar la regulación tradicional.

En este sentido, cabe destacar que la obra de Juliano se caracteriza tanto por su creatividad como por su capacidad para entroncar las grandes tradiciones jurídicas con las aportaciones jurisprudenciales que se idean en su tiempo. Esto explicaría que en el marco de las importantes disensiones jurisprudenciales que debieron surgir sobre esta materia en el siglo II d. C., este jurista apostase por una solución novedosa como era ampliar el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* contra aquellos tutores que todavía no habían comenzado a gestionar los asuntos pupilares, y que posteriormente diversos emperadores terminasen por acoger su opinión.

²⁴⁷ Cfr. *Frag. Vat.* 245.

²⁴⁸ *Frag. Vat.* 155: *Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more. Nec in infinitum captiosi silentii tempus, per quod res interfrigescat, concessum sibi credant: hi qui Romae vel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere aut capessere administrationem; ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus consules amplissimi decreverunt periculo suo eos cessare.*

De esta forma se puede entender que Ulpiano todavía pudiera mostrarse reticente a aceptar la innovadora visión de Juliano y prefiriese presentar la regulación tradicional, recogida en D. 26.10.4.4 como si fuera una norma general, matizando sin embargo que en ciertas y muy raras ocasiones se admitía la posibilidad de remover como sospechoso al tutor que todavía no había comenzado la gestión. Sin embargo, con el tiempo esta posibilidad se habría ido aplicando con más frecuencia en la práctica, de manera que los emperadores posteriores a Ulpiano se habrían decantado por la propuesta de un jurista de la talla y personalidad jurídica de Juliano.

Por último, las Instituciones de Justiniano habrían querido reflejar esta evolución de la forma más sintética posible, pues no debemos olvidar que se trataba de una obra que estaba destinada a la docencia. En este sentido se comprende que primero se aluda a la norma general señalando que “*suspectus est autem et qui non ex fide tutelam gerit*”, pero luego se recuerde que gracias a Juliano se estableció que “*sed et antequam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri*”.

6.2. *ET QUIDEM OMNES TUTORES POSSUNT*

Una vez aclarado a partir de qué momento podía ejercitarse nuestra *accusatio*, debemos regresar al plan expositivo trazado por Ulpiano. Tras haberse referido al origen decenviral de la *accusatio suspecti tutoris* y después de haber precisado qué órganos estaban facultados para conocer del proceso acusatorio, el siguiente fragmento de la exposición recogido en el décimo título del vigésimo sexto libro del Digesto se ocupa de los tutores que podían ser acusados como sospechosos.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.5: *Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum, modo ut meminerimus patrono parcendum.*

Como sucedía con los anteriores textos de Ulpiano, el contenido se presenta de forma categórica desde el primer momento. Tras indicar que ahora corresponde mostrar quiénes pueden ser acusados como sospechosos, afirma que la *accusatio suspecti tutoris* puede ejercitarse frente a toda clase de tutores. Pero Ulpiano no se detiene ahí, sino que especifica que puede tratarse de tutores testamentarios o de otro género. Y, por último, apostilla que también cabía interponer este recurso procesal contra los tutores legítimos, incluyendo los supuestos de tutela de los patronos.

Aunque el contenido del fragmento resulta taxativo en cuanto al alcance de la *accusatio suspecti tutoris*, no deja de sorprender, sin embargo, esta reiteración en la misma idea, máxime cuando ya desde el primer momento se había explicado que podía acusarse como sospechoso a todo tipo de tutores. En este sentido, parece que hubiera bastado con indicar que “*quidem omnes tutores possunt*”, sin necesidad de reiterar que no sólo se ejercita frente a tutores testamentarios, sino contra todas las especies de tutores y recalcar que también contra los tutores legítimos.

Respecto a la forma, en principio extraña, en que se encuentra redactado el fragmento, únicamente se puede pensar en dos explicaciones: o bien se trata de un texto que ha sido reelaborado en época postclásica, o bien hay que aceptar que efectivamente procedía de Ulpiano. En ambos casos, no obstante, deberían explicarse las causas que

habrían dado lugar a una redacción tan reiterativa en su contenido. Dentro de la doctrina, si bien es cierto que la inmensa mayoría de los romanistas del siglo XIX aceptaron sin más la veracidad del texto²⁴⁹, con posterioridad se ha tendido a considerar que se trataba de un fragmento interpolado con el objetivo de ajustar su contenido a la regulación de la época justiniana.

Aunque ya con anterioridad existían dudas sobre la genuinidad del fragmento²⁵⁰, el análisis más detallado en este sentido se encuentra en la prolífica obra de Siro Solazzi acerca de la institución tutelar²⁵¹. Este autor parte del convencimiento de que si todos los tutores estaban sometidos a la *accusatio suspecti tutoris*, podía haberse utilizado una mención genérica a todos ellos. Sin embargo, como hemos destacado anteriormente, el fragmento no sólo contiene esa afirmación inicial, sino que a continuación menciona expresamente a los tutores testamentarios y luego termina recurriendo a la enrevesada fórmula de “*sed alterius generis tutoris*”.

Según Solazzi, con esta última expresión se pretendía hacer referencia tanto a los tutores legítimos como a los dativos; pero, sin embargo, la continuación del texto sólo se refiere a la tutela legítima. Ante tal incoherencia, el autor italiano concluye que sólo se puede afirmar que el fragmento de Ulpiano recogía, de forma independiente, una referencia final a los tutores legítimos. Esto supondría que esta clase de tutores debían regirse por reglas distintas a los tutores testamentarios y, en consecuencia, no podrían ser acusados como sospechosos mediante la *accusatio suspecti tutoris*.

Para fundamentar su postura, se apoya en la confrontación de dos fragmentos extraídos del Digesto que trataban sobre un mismo supuesto procesal. En el primero de los textos, atribuido a Juliano, se explica que si un tío paterno nombrado como tutor litigaba contra su propio sobrino y pupilo porque consideraba que él era el heredero testamentario, debía nombrarse otro tutor diferente para el pupilo. Y en el caso de que el tío paterno decidiera no excusarse, debía ser removido del cargo.

²⁴⁹ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., p. 39 nt. 1, recuerda que entre los más destacados defensores de esta interpretación doctrinal se contaban romanistas como Christian Friedrich von Glück, Adolf Friedrich Rudorff, Moritz Voigt o Ernst Hruza.

²⁵⁰ Uno de los primeros autores en exponer sus dudas acerca de la originalidad del texto fue KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., pp. 123 ss. quién consideraba que la *accusatio suspecti tutoris* sólo se habría extendido al ámbito de la tutela legítima durante la época clásica.

²⁵¹ El estudio más detallado acerca de este precepto se encuentra en la obra de SOLAZZI, S., *La minore età*, cit., pp. 161 ss.; ID. *Curator impuberis*, cit., pp. 51 ss.

Juliano, 20 dig., D. 27.1.20: *Si pupillum patruus contendat exhereditatum esse et se heredem scriptum, aequum est tutorem pupillo dari recepta patrum excusatione vel, si nolit excusationem petere, remoto eo a tutela ita litem de hereditate expedire.*

El hecho de que en este fragmento se hable de “*patruus*” hace suponer que se trataba de un supuesto de tutela legítima²⁵². Por lo tanto, aunque Juliano no lo afirmase expresamente, parece que el fragmento establecía la posibilidad de remover a un tutor legítimo del cargo. De ser cierto, este punto corroboraría el testimonio de Ulpiano con respecto a los tutores legítimos. Sin embargo, este mismo supuesto en un fragmento del jurista Trifonino, aunque con notables diferencias respecto a su contenido.

Trifonino, 14 disp., D. 26.2.27.1: *Cum autem ipse patruus, quem tutorem legitimum sibi dicebat pupillus esse, subiectum filium criminaretur et ad se legitimam hereditatem pertinere contenderet, alium tutorem petendum iulianus respondit.*

Como puede observarse, Trifonino también se refería al caso del tío paterno que en su condición de tutor se dirige contra su sobrino sometido a tutela para reclamar la herencia que considera que le pertenece. Y en esta ocasión sí indicaba claramente que se trataba de un supuesto de tutela legítima. Sin embargo, resulta sorprendente que al referirse a la resolución que se aplicaba en estos casos, Trifonino se acoja expresamente a la opinión de Juliano, pero no aluda a la posibilidad de *excusatio* o remoción del tutor legítimo que aducía este jurista en el texto que hemos analizado anteriormente. Por el contrario, prefiere utilizar una fórmula ciertamente ambigua como “*alium tutorem pretendum*” para explicar que se podía solicitar otro tutor.

De acuerdo con Solazzi²⁵³, la lectura por separado del testimonio de Trifonino induce a pensar en el nombramiento de un tutor *ad litem*. Se trata de una práctica muy frecuente en época clásica: al producirse un conflicto de intereses entre el tutor y su pupilo, se acudía a un nuevo tutor, designado desde el poder público, con el fin de que representara al menor durante el litigio. Ahora bien, esta solución no parece coincidir con la que indicaba Juliano en el fragmento anterior.

²⁵² LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., p. 41.

²⁵³ SOLAZZI, S., *Curator impuberis*, cit., p. 55.

Esta aparente incongruencia entre las soluciones aportadas por un mismo jurista ante un mismo supuesto sólo puede explicarse, de acuerdo con la hipótesis de Solazzi, porque el texto atribuido a Juliano se encuentra interpolado. El jurista italiano explica que es posible que los compiladores justinianeos hubieran entendido erróneamente que la expresión “*alium tutorem pretendum*” usada por Trifonino se refería a la posibilidad de nombrar un tutor en caso de *excusatio* o remoción del mismo. Esta interpretación se mostraba acorde a la regulación de la época postclásica y, conforme a esa concepción, habrían decidido alterar el precepto original de Juliano para que afirmase explícitamente lo que ellos habían creído entender que afirmaba en el fondo.

De conformidad con el parecer de Solazzi, la contradicción entre estos textos demuestra que no se habría podido acusar al tutor legítimo como sospechoso al menos hasta los tiempos de Trifonino, al que prácticamente se puede considerar un jurista contemporáneo de Ulpiano. En consecuencia, este autor considera que el fragmento de Ulpiano²⁵⁴ estaría interpolado y que en su redacción original tan sólo podía dirigirse contra los tutores testamentarios, mientras que se aplicaba una regulación diferente para los tutores legítimos. De esta forma se explicaría la enrevesada redacción del fragmento, pues los compiladores se vieron obligados a alterar el contenido del texto partiendo de una redacción original que debía limitarse a reconocer la acusación de tutor sospechoso a los casos de tutela testamentaria.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista la interpretación de Solazzi resulta excesiva en relación con el alcance de sus conclusiones. Aun admitiendo que el pasaje de Juliano pudiera haber sido modificado²⁵⁵ y que originariamente hiciera referencia al nombramiento de un tutor *ad litem* como indica Trifonino, no parece que a partir de esa interpolación pueda deducirse que en tiempos de Ulpiano la *accusatio suspecti tutoris* únicamente se habría podido ejercitar contra los tutores testamentarios y dativos, excluyendo a los tutores legítimos²⁵⁶.

²⁵⁴ Vid. *supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.5.

²⁵⁵ Se trata de una posición ampliamente compartida por la doctrina, como puede observarse en KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 80; p. 364 nt. 11; WATSON, A., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, cit., p. 140. Por el contrario, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 464 nt. 174, considera difícilmente aceptables las sospechas vertidas en torno a este pasaje.

²⁵⁶ SOLAZZI, S., *Tutor Suspectus*, cit., p. 102 nt. 5, plantea que la redacción original del fragmento atribuido a Ulpiano quizás recogiera la expresión “*sive testamentarii, sive a praetore dati*”, en lugar del consabido “*sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutoris*”.

La redacción del fragmento permite distinguir una evidente prevalencia en la aplicación de la *accusatio suspecti tutoris* sobre los tutores testamentarios, pero la mención final a la tutela legítima no tiene por qué implicar que necesariamente hubiera existido un tratamiento diferenciado sobre la misma. En este sentido, cabe pensar que podría tratarse de alusión específica a la denominada tutela de los patronos²⁵⁷, que por sus características especiales es posible que hasta la época clásica hubiera permanecido excluida de la aplicación de la *accusatio suspecti tutoris*. Ahora bien, la ausencia de otros textos que se pronuncien sobre la cuestión imposibilita que se pueda confirmar o rechazar de plano la interpretación propuesta por Solazzi.

En todo caso, la investigación sobre contra qué clase de tutores podía ejercitarse la *accusatio suspecti tutoris* debe tomar como punto de partida el fragmento de Ulpiano. Independientemente de que pudiera tratarse de un texto interpolado, no debemos olvidar que el texto presenta una idea central determinante: si bien se reconoce que esta acción estaba estrechamente vinculada con la tutela testamentaria, se pone de manifiesto que con posterioridad habría ampliado su alcance a todo tipo de tutores. Cabe entonces preguntarse cuándo y cómo se produjo tal extensión.

A nuestro modo de ver, ante la ausencia de fuentes que se refieran a la cuestión, la única forma de reconstruir esta posible evolución pasa por acudir a la información de la que disponemos sobre la evolución de la institución tutelar. Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, el origen de la tutela parece remontarse a la ley de las XII Tablas. Ahora bien, en esa época tan solo se contemplaría la existencia de una forma de tutela que hemos denominado legítima porque se articulaba de acuerdo con la ordenación del fenómeno sucesorio en época antigua.

Los tutores legítimos ocupaban el cargo como consecuencia del parentesco con el pupilo, pues al ser los agnados más próximos recibirían la *hereditas* familiar en caso de fallecimiento del menor. De esta forma se incentivaba a los tutores a proteger un patrimonio sobre el que ostentaban ciertas expectativas hereditarias. Puesto que el fin de la tutela consistía en proteger a toda costa el patrimonio doméstico, esta primera forma tutelar se concebía como un derecho inamovible.

²⁵⁷ Esta hipótesis aparece planteada, de manera algo difusa, en LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 230 ss., sobre la base de diversos textos del Digesto.

Al igual que sucedía en el caso de la primitiva sucesión hereditaria, la condición de tutor legítimo se concebía como una consecuencia de carácter natural, que quedaba al margen de la voluntad de los propios involucrados en la relación tutelar. El nombramiento se defería de forma automática, de manera que no se requería un acto de aceptación por parte de la persona llamada a ocupar el cargo, ni se podía rechazar el llamamiento²⁵⁸. Este carácter inamovible choca con la finalidad de la *accusatio suspecti tutoris*, que no era otra que remover del cargo al tutor fraudulento.

Una sanción de estas características solo puede contemplarse para modalidades tutelares más avanzadas. Esto nos lleva a pensar que la remoción del tutor únicamente se habría podido aplicar a partir de la aparición, ya en época postdecenviral, de la tutela testamentaria. Aunque esta nueva modalidad tutelar conservaba rasgos esenciales de la institución, presentaba una nueva funcionalidad no solo centrada en la conservación del patrimonio doméstico, sino también en la protección del pupilo.

Por ese motivo, la designación de los tutores testamentarios corresponde en vida al *pater familias* del menor, pues se entiende que está capacitado para escoger mejor a la persona que se encargara de cuidar a su hijo después de su muerte. Esta elección ya no responde a cauces naturales, sino a criterios de oportunidad y, en consecuencia, puede ser rechazada por la persona designada (*abdicatio*). En consonancia con esa posibilidad, este tutor también podría ser removido del cargo.

De esta forma se explica que la mayor parte de la doctrina se incline a pensar que durante la época antigua la *accusatio suspecti tutoris* sólo se podía ejercitar frente a los tutores testamentarios²⁵⁹. Esta hipótesis no solo encajaría con la evolución que sufre la institución tutelar, sino que además concuerda a la perfección con el testimonio de Ulpiano y la posterior interpretación de Solazzi. Sin embargo, siguen existiendo puntos oscuros a los que esta hipótesis no termina de ofrecer solución.

²⁵⁸ Vid. *supra* capítulo VI apartado 1.2.

²⁵⁹ Entre los principales autores que han defendido esta asociación se encuentran LONGO, G., *Diritto di famiglia* (Roma, 1940), p. 306; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 80; BONFANTE, P., *Corso I*, cit., p. 613; BURDESE, A., *Manuale*, cit., p. 285; FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica* (Turín, 1989), p. 89; PUGLIESE, G., *Instituzioni*, cit., 112; TALAMANCA, M., *Instituzioni*, cit., p. 116; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, cit., p. 616; MARRONE, M., *Instituzioni*, cit., p. 259; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*, cit., p. 164; D'ORS, A., *Derecho romano privado*, cit., p. 380. En sentido contrario, ALBANESE, B., *Le persone*, cit., p. 499 nt. 360, ha manifestado sus dudas en torno a la exclusiva aplicación de este recurso procesal contra el tutor testamentario en época antigua.

En este sentido, debemos recordar que el propio Ulpiano había afirmado que la *accusatio suspecti tutoris* descendía de las XII Tablas, lo que parece que contradice su posible aparición en respuesta al surgimiento de la tutela testamentaria. Por otra parte, esta interpretación nos llevaría a pensar que no era posible perseguir al tutor legítimo hasta que, una vez finalizada la tutela, se constataste alguna sustracción en perjuicio del patrimonio pupilar. Esto supone que durante la vigencia de la tutela el pupilo quedaría completamente indefenso ante los desmanes del tutor.

Ciertamente no parece que pueda discutirse el carácter inamovible de la tutela legítima en época arcaica, considerada nada menos que un derecho adquirido por cauces hereditarios, pero al mismo tiempo resulta inimaginable tal grado de desprotección no ya solo respecto al pupilo, sino respecto al patrimonio familiar. En este sentido, parece lógico pensar que en caso de que se detectaran comportamientos fraudulentos por parte del tutor, el grupo familiar intervendría de forma inmediata.

A este respecto ya nos referimos en su momento a la más que posible mediación de un tribunal doméstico²⁶⁰, que se encargaría de valorar los hechos acaecidos e imponer las correspondientes sanciones. Aunque no se han conservado fuentes al respecto, no es difícil imaginar que se impusieran castigos de carácter religioso que llevasen acarreado la remoción del tutor legítimo. Ahora bien, dado que se trataba de un cargo inamovible, la remoción no habría consistido en abandonar el cargo de tutor, sino en una suspensión de las funciones como administrador del patrimonio pupilar. Se trataría de una remoción de la administración tutelar, no de la condición de tutor.

En consecuencia, la primera y única forma de tutela conocida habría recibido una doble protección procesal, plasmada en la ley de las XII Tablas bajo la noción de persecución del dolo del tutor. Por un lado se empleaba la *actio rationibus distrahendis* para sancionar todas las sustracciones realizadas por el tutor que se constataban cuando finalizaba la tutela, pero por otra parte el tutor legítimo también podía ser removido de la administración de los asuntos pupilares si durante el desempeño de sus funciones era considerado sospechoso de realizar conductas inadecuadas. De esta forma se conjugaba una doble vía de respuesta procesal para proteger el patrimonio doméstico ante las actuaciones fraudulentas del tutor.

²⁶⁰ Vid. *supra* capítulo VI apartado 3.4.

De acuerdo con nuestra reconstrucción todas las informaciones que se conservan en torno a la *accusatio suspecti tutoris* cobran sentido. Como reconocía Ulpiano, nuestra acción descendería de las XII Tablas, pero no tendría esa denominación ni tampoco los mismos efectos jurídicos. Se trataría del germen de la *accusatio suspecti tutoris*, pues se aplicaría ante comportamientos fraudulentos realizados por tutores legítimos con el fin de apartarles de la administración del patrimonio pupilar.

El recurso procesal de la *accusatio suspecti tutoris* propiamente dicho no habría surgido hasta época postdecenviral, después de la aparición de una tutela testamentaria que ahora aparece desligada del ámbito estrictamente familiar y que permite a su titular renunciar libremente al nombramiento. La imposibilidad de supervisar las actuaciones del tutor desde el ámbito familiar exige la articulación de un instrumento procesal que posibilite la persecución de las actuaciones fraudulentas de ese tutor.

La *accusatio suspecti tutoris* se construye tomando como referencia las antiguas sanciones impuestas al tutor legítimo, solo que ahora cualquier persona está facultada para ejercitar la acusación y dar lugar a un proceso que puede terminar con la remoción del cargo de tutor. Esta sanción, no circunscrita al ámbito de la administración, sino que atañe a la propia condición de tutor, concuerda a su vez con el carácter más asistencial de la tutela testamentaria en relación con el pupilo. Ahora no solo se busca salvaguardar el patrimonio doméstico, sino también proteger al menor.

Los testimonios de Ulpiano se muestran ahora más claros: la *accusatio suspecti tutoris* descende de las XII Tablas, aunque no se encontrase contemplada como tal en la ley decenviral, y en origen solo se ejercitaba contra el tutor testamentario, aunque luego se extendiera al resto de tutelas. Conocedor de la evolución de esta acción, así se explica que Ulpiano hiciera tanto hincapié en su relación con la tutela testamentaria, a pesar de que en su época se podría ejercitar contra toda clase de tutores.

Aclarado el origen de la *accusatio suspecti tutoris*, resta todavía por aclarar su evolución posterior en el tiempo y cómo se habría terminado extendiendo a otras clases de tutela en época clásica. En este sentido, consideramos muy probable que desde su originaria aplicación exclusiva a la tutela testamentaria se extendiese primero a la tutela dativa y solo más tarde, también, a los tutores legítimos.

Como es sabido, la aparición de la tutela dativa a finales del siglo III a.C. implica un cambio en la naturaleza de la institución tutelar. Frente a las antiguas formas de tutela, concebidas como un poder en beneficio del tutor, las características de la tutela dativa demuestran un mayor interés por el pupilo. Supone una verdadera transformación, pues el tutor pasa de proteger sus potenciales bienes a tener que procurar una adecuada gestión del patrimonio y la persona del pupilo.

Su nombramiento no dependía, por tanto, del vínculo de parentesco que tuviera con el pupilo o con la decisión de su *pater familias* plasmada a través de un testamento, sino que la designación se realizaba con base en la valoración positiva que realizaba una autoridad pública. De esta forma, el cargo quedaba totalmente mediatizado por la decisión del magistrado, ya que se concebía como una carga pública (*munus publicum*) y sólo podía rehusarse por razones justificadas²⁶¹.

Por este motivo, la aparición de esta nueva forma de tutela viene acompañada por la *actio tutelae*, que es una verdadera acción de rendición de cuentas. Al finalizar la tutela, el tutor dativo estaba obligado a dar cuenta de su gestión al pupilo, de forma que le traspasase los efectos jurídicos de los negocios en que hubiera actuado por su cuenta e interés. Y es natural que con el paso del tiempo esta acción también se utilizase para sancionar incumplimientos del *officium tutelare*.

Aunque no existen fuentes al respecto, resulta razonable pensar que los tutores dativos también podían ser acusados como sospechosos en el caso de que cometieran actuaciones fraudulentas en perjuicio del patrimonio pupilar. Esto se justificaría porque al tratarse del nombramiento de un magistrado, este tendría la facultad para destituirlo²⁶² a través de la interposición de una *postulatio* por cualquier ciudadano romano²⁶³.

Estas potestades para revocar todo aquello que previamente había ordenado el pretor, aparecen expresamente reconocidas en el famoso pasaje de Celso:

Celso, 25 *dig.*, D. 42.1.14: *Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.*

²⁶¹ Vid. *supra* capítulo VI apartado 1.4.

²⁶² Sin embargo, sorprende en este punto la opinión de TALAMANCA, M., *Instituzioni*, cit., pp. 166-167, quién sostiene que esta acción no llegó a dirigirse contra el tutor dativo, precisamente porque éste podía ser removido por el pretor que lo había nombrado.

²⁶³ Cfr. PUGLIESE, G., *Instituzioni*, cit., p. 452; FAYER, C., *La familia romana*, cit., p. 425.

Por otra parte, la extensión de la *accusatio suspecti tutoris* al ámbito de la tutela dativa concuerda con el devenir histórico del nivel de responsabilidad del tutor. Si esta acción surgió en respuesta a la necesidad de remover a tutores fraudulentos desde el momento en que se comenzó a administrar el patrimonio pupilar de una forma habitual, tiene aún mayor sentido que se aplicase contra aquellos tutores que tenían la obligación de gestionar activamente esos bienes. Sobre todo teniendo en cuenta que la *actio tutelae* tan sólo podía ejercitarse una vez finalizada la tutela²⁶⁴, quedando mientras tanto desprotegido el menor ante posibles abusos del tutor.

Se puede entender entonces que la *accusatio suspecti tutoris* configurase una nueva modalidad de *datio tutoris* en los supuestos de remoción del tutor dativo²⁶⁵. Una vez que se removía al tutor sospechoso se requería el nombramiento de un nuevo tutor, que lógicamente no podía tener carácter legítimo ni testamentario, pues en esos casos nunca se habría designado el tutor dativo original. Sin embargo, como veremos más adelante, la situación no resulta tan evidente cuando se trataba de la remoción de un tutor de carácter testamentario.

Desde nuestro punto de vista, parece suficientemente probable que la *accusatio suspecti tutoris* se aplicase origen sólo contra los tutores testamentarios y que luego se extendiese a los tutores dativos. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo del tutor legítimo, pues mantiene sus rasgos potestativos durante mucho tiempo, hasta un período difícil de precisar en el que debió producirse la unificación de la regulación de todas las formas de tutela y, en consecuencia, la aplicación de la *accusatio suspecti tutoris* se extendió también a los tutores legítimos.

La conclusión de nuestro estudio nos lleva a pensar que el pasaje de Ulpiano acerca de los tutores que pueden ser acusados debía referirse implícitamente a la evolución que hemos perfilado. No cabe duda de que Ulpiano se refería en primer lugar y de manera expresa a los tutores testamentarios, pues eran los principales destinatarios de nuestra *accusatio* desde su aparición. Para ello empleaba la expresión “*sive testamentarii sint*”, que debía completarse con una referencia adicional a los otros tipos de tutores sobre los que también podía aplicarse la *accusatio suspecti tutoris*.

²⁶⁴ A este respecto, *vid.* Gai. 1.191; Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.7.5.5; Escévola, 11 *dig.*, D. 26.7.58.1; Paulo, 8 *ad Sab.*, D. 27.3.4 pr.

²⁶⁵ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., p. 70.

Sin embargo, no resulta fácil discernir si esa referencia aludía únicamente a los tutores dativos o también a los tutores legítimos. En el primer supuesto, siguiendo la teoría de Solazzi, debemos convenir que el final del fragmento original mencionaría la regulación especial aplicada a los tutores legítimos. Pero si consideramos que durante la época de Ulpiano estos ya podían ser acusados como sospechosos, la última referencia del pasaje debe entenderse referida a la tutela del patrono.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que ante estas incertidumbres resulta más sensato tender a salvar el pasaje de Ulpiano en la medida de lo posible. Esto supondría aceptar que la redacción original del fragmento debía señalar que la *accusatio suspecti tutoris* se podía ejercitar sobre todas las formas de tutela, destacando que no sólo se aplicaba a los tutores testamentarios, sino también al resto, a diferencia de lo que debía suceder en épocas anteriores. Por último, todo apunta a que el pasaje concluiría con una referencia expresa a la tutela legítima, pues aún debía constituir cierta novedad la posibilidad de ejercitar la *accusatio suspecti tutoris* en estos casos.

7. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS*

7.1. UNA *ACTIO QUASI PUBLICA*

Al igual que ha sucedido en los anteriores apartados en que venimos analizando diversos aspectos sobre la *accusatio suspecti tutoris*, tampoco existen fuentes que se refieran a los sujetos legitimados para interponer esta acusación durante la época antigua. Los testimonios que nos han llegado forman parte de la exposición general de Ulpiano referida al período clásico.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, 26.10.1.6 (= Inst. 1.26.3): *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare: et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere.*

Tras haber indicado su origen decenviral, los magistrados competentes y los tipos de tutores contra los que se dirigía, Ulpiano señala en este fragmento quiénes estaban legitimados para presentar la *accusatio*. Sin embargo, su redacción no resulta especialmente afortunada, pues alude a una acción “*quasi publicam*” que se encontraba expedita para todos. Parece que con esta expresión quería dar a entender que se trataba de una acción popular, pues apostilla que “*hoc est omnibus patere*”.

En este sentido, debemos recordar que en Roma las acciones populares se encontraban vinculadas a dos grandes conceptos²⁶⁶: por un lado representaban al “*populus romanus*”²⁶⁷, pero por otra parte también implicaban una actuación “*agere pro alieno*”²⁶⁸. Se trataba de un remedio procesal que se otorgaba “*a quibus ex populo*” y que permitió conservar la tradicional forma de acusación pública al mismo tiempo que se superaban los arcaicos procedimientos primitivos basados en la venganza privada. Por esa razón, las acciones populares presentaban una naturaleza mixta, situándose a medio camino entre el *ius publicum* y el *ius privatum*²⁶⁹.

²⁶⁶ Un breve resumen sobre la vinculación de estas dos nociones para conformar la figura de las acciones populares se puede encontrar en GUTIÉRREZ-MASSON, L., «Las acciones populares en Roma», en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, vol. II (Madrid, 1994), pp. 291-298.

²⁶⁷ Paulo, 8 *ad Ed.*, D. 47.23.1: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur.*

²⁶⁸ *Cfr.* Inst. 4.10.

²⁶⁹ De hecho, esa posición intermedia se refleja en el hecho de que las acciones populares apareciesen recogidas bajo el vigesimotercer título del libro 47 del Digesto “*de popularibus actionibus*”, justo después de la exposición de todos los *delicta* privados, que se recogen a lo largo de todo el libro 47, pero precisamente antes del libro 48, que recoge la regulación de los distintos *crimina*.

La función acusatoria romana no aparece en ningún momento atribuida a un órgano de carácter público o estatal, sino que se entiende que cualquier ciudadano que tuviera plena capacidad de obrar podía acusar en juicio. El fundamento de esta regulación se basaba, en último término, en que la comunidad romana tenía derecho a convivir en paz y todos los ciudadanos, en cuanto que eran miembros de esa comunidad, ostentaban el derecho de acusar a quién vulnerase esa paz pública²⁷⁰.

Las acciones populares pudieron surgir entonces como resultado de la extensión de las antiguas acusaciones públicas romanas al ámbito privado²⁷¹. De esta manera, las formas de acusación pública que originariamente tan sólo se utilizaban para perseguir *crimina*, quedaron englobadas dentro de la categoría general de acciones populares. También en esa misma categoría se encuadraban ahora otras formas de acusación de naturaleza privada, pero que afectaban a intereses públicos.

A este respecto, algunos autores han destacado que las primeras formas de acusación pública que surgieron en Roma no buscaban proteger un interés colectivo como tal, sino que se trataba de recursos procesales que posibilitaban la defensa de los intereses de personas que no podían defenderse por sí mismas²⁷². En este contexto cabría encuadrar la famosa *lex Laetoria* que establecía la posibilidad de interponer una acción popular en defensa de los intereses de los menores de 25 años²⁷³. Se trataría de acciones que no pueden todavía clasificarse como acciones populares *strictu sensu*, pero que permiten que cualquier ciudadano romano pudiera interponer esa acción para defender los derechos de otra persona ofendida.

²⁷⁰ Parece que el origen del principio de acusación pública hunde sus raíces en los más antiguos códigos legales que se conocen - en este sentido, cabe destacar que el Código de Hammurabi ya recogía el principio de acusación pública por parte de cualquier sujeto con capacidad de actuación en litigio para la persecución de conductas que atentaban contra los valores esenciales de la comunidad (artículo 108 y siguientes) - y ya se encontraba plenamente consolidado en la cultura jurídica helena. De hecho, es muy posible que los romanos desarrollaran la noción de acción popular a partir de las primeras formas de acusación pública desarrolladas en Grecia, pues Platón ya explicaba que existían dos tipos de tribunales: uno en los que los particulares acusaban a otros particulares por los daños que se hubieran infringido entre sí y otro para que cualquier ciudadano defendiera los intereses comunitarios, *vid.* Platón, *Las Leyes*, en edición de RAMOS BOLAÑOS (Barcelona, 1988), p. 257.

²⁷¹ MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 239 ss.

²⁷² WINKEL, L. C., «Quelques remarques sur l'accusation publique en droit grec et romain», en *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 29 (1982), pp. 285 ss.

²⁷³ Se puede encontrar una extensa bibliografía sobre la *lex Laetoria* en GARCÍA GERBOLÉS, L., *La protección procesal del minor viginti quinque annis*, cit., pp. 41 ss.; LASSARD, Y., s. v. *Lex Plaetoria de iurisdictione*, en *The Roman Law Library* (2013).

Si bien es cierto que no se puede hablar de una verdadera acción popular hasta la aparición de la *lex Calpurnia* en el año 149 a.C., ya con anterioridad se conocían formas de acusación *quivis ex populo*. Se cree que la promulgación de esta ley responde a la necesidad de combatir los abusos cometidos por un gobernador de la Lusitania llamado Servio Sulpicio Galba²⁷⁴. Esta *lex* establecía que las acusaciones por malversación de fondos contra los gobernadores debían ser conocidas por un tribunal de carácter permanente (*quaestio perpetua de repetundis*), compuesto por el pretor peregrino y un jurado compuesto por diversos ciudadanos provenientes del orden senatorial.

Así se explica que existieran fuertes similitudes entre las acciones populares y las formas de acusación pública. En ambos casos se reconocía legitimación activa a todo ciudadano romano²⁷⁵, se excluía a mujeres y pupilos de su ejercicio²⁷⁶ y, en caso de concurrencia de varios acusadores, se elegía al que fuera considerado más idóneo por el magistrado²⁷⁷. Por este motivo, parte de la doctrina ha pretendido asimilar las acciones populares con el antiguo *iudicium publicum*²⁷⁸.

Sin embargo, a pesar de la indudable similitud que supone compartir un amplio alcance en el reconocimiento de la legitimación activa, las acciones populares presentan algunas notables diferencias con la acusación pública. Especialmente en lo tocante al proceso, pues las acciones populares no dan lugar a un *iudicium publicum*²⁷⁹, sino que se incoan a través de un proceso de carácter privatístico.

²⁷⁴ Sobre las causas que motivaron la promulgación de esta *lex*, RICHARDSON, J. S., «The Purpose of the *Lex Calpurnia de Repetundis*», en *The Journal of Roman Studies*, 77 (1987).

²⁷⁵ Acerca de la legitimación reconocida a los ciudadanos romanos para interponer acciones populares o acusar en juicios públicos, vid. BOTTA, F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'* (Cagliari, 1996), pp. 83 ss.; GAROFALO, L., «*Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*», en *IURA*, 46 (1995), pp. 107 ss.; SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit., pp. 67 ss.; ID., «*"Accusatio" e "inquisitio" nel processo penale romano di età imperiale*», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 14 (2002), pp. 179 ss.; ID., *Altri studi di diritto penale romano* (Padua, 2010), pp. 279 ss.

²⁷⁶ Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 47.23.6: *Mulier et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat*.

²⁷⁷ Paulo, 1 *ad Ed.*, D. 47.23.2: *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*.

²⁷⁸ Destaca especialmente SOLAZZI, S., *Tutor suspectus*, cit., p. 142 nt. 1.

²⁷⁹ Como acertadamente destaca LOZANO CORBI, E., «Competencia de los '*recuperatores*' en la *actio de sepulcro violato* y en otras acciones populares», en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, vol. III (Madrid, 1988), pp. 1487 ss., los juicios promovidos a partir de una acción popular se debían tramitar necesariamente ante un órgano público pues los intereses en juego también tenían carácter público y no podían quedar bajo el arbitrio de un solo órgano juzgador. En concreto, este tipo de procesos recaían bajo la competencia del tribunal de los *recuperatores*.

Aunque las acciones populares debieron ser utilizadas con mucha frecuencia desde la época antigua, las fuentes romanas no contienen propiamente una definición abstracta de lo que debía entenderse por acción popular²⁸⁰. La expresión no parece que pudiera llegar a emplearse habitualmente en el ámbito legislativo²⁸¹, pero sí que aparece contemplada hasta en 22 fragmentos del Digesto, en los que siempre se mantiene una cierta coexistencia entre el interés público protegido y el interés particular que mueve al acusador a ejercitar la acción²⁸².

Esta ambivalencia de las acciones populares se debe a que su fundamento jurídico se identifica con el “*suum ius populi*”²⁸³, que puede ser interpretado desde diferentes puntos de vista. Por un lado, el *populus romanus* puede percibirse como la máxima autoridad pública, de forma que las acciones populares sólo estarían tutelando un interés público. Por el contrario, si se identifica la noción del *populus romanus* con el conjunto de ciudadanos romanos, el ejercicio de la acción popular equivaldría a hacer valer un derecho personal en cuanto que el ciudadano es un integrante del pueblo.

Sobre la base de estas dos interpretaciones, la doctrina ha mantenido un prolongado debate en torno a la naturaleza jurídica de las acciones populares. Si bien no podemos detenernos en un análisis excesivamente detallado sobre la finalidad y fundamento de este recurso procesal, consideramos conveniente llevar a cabo un sucinto repaso de las principales posturas doctrinales sobre esta cuestión.

La posición más antigua hunde sus raíces en el siglo XIX y defiende que las acciones populares se usaban para defender un interés colectivo²⁸⁴. El acusador actuaba

²⁸⁰ El fragmento que más se aproxima a ofrecer un concepto de las acciones populares es Paulo, 8 *ad Ed.*, D. 47.23.1: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*. Como se puede observar, Paulo prefiere utilizar los términos “*popularem*” y “*populi*” en perjuicio de la expresión “*actio publica*”, para no inducir a confusión con los *iudicia publica*. A pesar de que diversos autores han considerado que el fragmento puede haber sido objeto de interpolación, la doctrina más autorizada ha confirmado su carácter genuino, *vid.* FADDA, C., *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano* (Turín, 1894), p. 385; CASAVOLA, F. P., *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, vol. I (Nápoles, 1991), pp. 99 ss.

²⁸¹ PAALZOW, G., *Zur Lehre von der römischen Popularklagen* (Berlín, 1889), p. 51.

²⁸² LOZANO CORBI, E., *La legitimación popular*, cit., pp. 64 ss., recoge una exposición acerca de los 22 textos del Digesto que aluden a las acciones populares.

²⁸³ Sobre las distintas interpretaciones que ha recibido la expresión de Paulo, *vid.* GIAGNORIO, M., «Brevi note in tema di azioni popolari», en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 5 (2012), p. 11 nt. 11.

²⁸⁴ El principal impulsor de esta teoría fue SAVIGNY, K., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, vol. II (Berlín, 1853), p. 314; a esta teoría se adscribiría más tarde MOMMSEN, T., «Die Popularklagen», en *ZSS*, 24 (1903), pp. 1-12.

como si fuera un *procurator* del pueblo²⁸⁵, por lo que la eventual condena siempre redundaba en favor del erario público. La extensión de este tipo de acciones se justificaba por el hecho de que la administración de justicia romana contaba con pocos funcionarios y, por tanto, no quedaba más remedio que confiar la tutela de los intereses populares a los propios ciudadanos que conformaban ese pueblo.

Algunos autores consideran que este también era el caso de la *accusatio suspecti tutoris*²⁸⁶, pues la administración pública carecía de capacidad suficiente para controlar las actuaciones de los tutores en el ámbito privado. Por ese motivo se permitía que los propios ciudadanos fueran los que iniciaran el proceso de acusación en el caso de que observaran conductas inadecuadas por parte del tutor.

En contraposición a la posición defendida por Savigny y Mommsen, Bruns²⁸⁷ destacó las diferencias entre las acciones populares que se recogían en el Edicto del pretor y las acciones populares previstas en leyes y senadoconsultos. Mientras que en las primeras el actor hacía valer un interés propio y obtenía un beneficio únicamente a su favor, las segundas se ejercitaban en interés del pueblo y el beneficio obtenido iba a parar al erario público. De acuerdo con Bruns, estas últimas se denominarían acciones procuratorias y no eran consideradas verdaderas acciones populares.

Las acciones populares se caracterizarían así por ser interpuestas por un simple ciudadano romano, que pretendía proteger un interés privado que, en cierta medida, representaba también un interés público. De esta forma, Bruns coincidía con Savigny a la hora de entrever una especie de actuación policial por parte de cada ciudadano y, en consecuencia, entendía que a éste le correspondía, a modo de recompensa, la cantidad obtenida por el desempeño de esa actividad pública²⁸⁸.

²⁸⁵ De acuerdo con los defensores de esta teoría, no se admitía la representación procesal en las acciones populares debido a que el demandante ya actuaba como *procurator* del pueblo.

²⁸⁶ Así lo manifiestan expresamente autores como SPAGNUOLO VIGORITA, T., «*Imperium mixtum*. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione '*procuratoria*'», en *INDEX*, 18 (Nápoles, 1990), p. 115 ss.; GIAGNORIO, M., *Brevi note in tema di azioni popolari*, cit., p. 18, nt. 17.

²⁸⁷ BRUNS, C. G., «Die römische Popularklagen», en *Kleinere Schriften*, vol. I (Weimar, 1882), pp. 313 ss., quién se basa en las ideas de IHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol I (Leipzig, 1865), p. 211, acerca de la equivalencia entre los términos de pueblo y estado en la antigua Roma. De esta forma, el ciudadano romano que tutelaba los intereses públicos estaba protegiendo al mismo tiempo sus propios intereses, puesto que era un miembro de la comunidad.

²⁸⁸ BRUNS, C. G., *Die römische Popularklagen*, cit., p. 367.

La tesis de Bruns recibió una gran acogida en Italia gracias a la reelaboración que el romanista Scialoja realizó sobre ella²⁸⁹. El autor italiano señaló que mientras las acciones privadas se encaminaban a proteger los derechos de un particular y las acciones públicas los derechos de una comunidad, las acciones populares tutelaban un derecho perteneciente a todos los miembros de una misma comunidad. Así, mientras que con las acciones públicas se defendían derechos “concentrados” en la propia comunidad, las acciones populares protegían derechos “difusos”²⁹⁰.

En un intento por superar este debate, Fadda propuso una reinterpretación del concepto de “*suum ius populi*”, en el sentido de que “*suum*” implicaría que se trataba de un derecho particular del acusador, pero que también era un *ius publicum*²⁹¹. El ciudadano estaría entonces investido de una cierta soberanía popular que le permitiría ejercitar un derecho público del que es titular en cuanto que se considera miembro de la comunidad ciudadana. El actor actuaría entonces en defensa de un derecho propio que coincide con el que ostentan el resto de ciudadanos.

La última gran aportación a la pugna doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las acciones populares vino de la mano de Casavola²⁹², quién centró todos sus esfuerzos en la distinción entre dos modalidades distintas de legitimación popular. En primer lugar se encuentra la legitimación exclusiva del ciudadano a la que sólo en caso de ausencia, renuncia, *capitis deminutio* o fallecimiento puede seguir una legitimación colectiva subsidiaria. Frente a éstas, se encuentra la legitimación colectiva directa.

²⁸⁹ Cfr. SCIALOJA, V., «Prefazione a “Le azioni popolari romane di Bruns”», en *Studi Giuridice*, vol. I (Roma, 1933), pp. 108 ss., que recoge una versión más depurada de la primera tesis que presentó este autor sobre las acciones populares en 1882.

²⁹⁰ Esta teoría también encontró importantes detractores en Italia, entre los que destaca la figura de CODACI-PISANELLI, A., *Azione popolare* (Nápoles, 1887), pp. 79 ss. Este autor no compartía la idea de que las acciones populares estuvieran fundamentadas en la protección de un derecho subjetivo, fuese éste de carácter individual o colectivo. Por el contrario, defendía que las acciones populares no eran más que un reflejo de la enorme importancia de la autoridad pública romana, que englobaba a todos los ciudadanos y, en consecuencia, permitía que éstos pudieran actuar como representantes del Estado a la hora de denunciar ciertas actuaciones que se encontraban en una esfera moral superior.

²⁹¹ FADDA, C., *L'azione popolare*, cit., pp. 306 ss.

²⁹² CASAVOLA, F., *Studi sulle azioni popolari romane. Le “actiones populares”* (Nápoles, 1958), pp. 17 ss., destacaba que el interés del *unus ex populo* no podía como un interés puramente privado ni público, sino que las acciones populares se situaban en una posición intermedia entre esos dos mundos. El actor no actuaría entonces como representante de la comunidad, pero tampoco intervendría como si actuase en un juicio privado en defensa de su propio interés exclusivamente, sino que actuaría como miembro natural de una comunidad social a la que pertenece.

De acuerdo con este autor, sólo en el primer caso se podría hablar de acciones populares. Destaca que la expresión “*quasi unus ex populo*” utilizada para calificar al acusador no puede referirse a una representación procesal en nombre del pueblo, como defendía Mommsen, ni a que fuera accesible a cualquier integrante del pueblo, como creían Bruns y Fadda, sino a que ese actor no podía ejercitar esa acción ni como sujeto de Derecho privado ni como sujeto de Derecho público. Las acciones populares se encontraban, por tanto, a medio camino entre el ámbito de lo privado y el de lo público.

Por último, cabe destacar la propuesta de Danilovic, quién consideraba que el término “popular” sólo hacía referencia a la legitimación del actor y no al interés tutelado por la acción²⁹³. Desde su punto de vista, todas las acciones cuya legitimación se extendiera a una pluralidad de posibles actores podrían ser consideradas populares.

Desde nuestra perspectiva, la denominación de acción popular no se establece en relación con el interés que se pretende tutelar, sino que alude a la condición del sujeto que puede ejercitar la acción. En este sentido, entendemos que actor está facultado para interponer una acción popular en cuanto que es un integrante de la comunidad, aunque defienda prevalentemente un interés particular que coincide con un interés común. Por este motivo, la eventual condena pecuniaria que se deriva de la sentencia revierte en el patrimonio personal del actor habitualmente²⁹⁴.

Dentro de la categoría de las acciones populares deben distinguirse, no obstante, dos grandes grupos de acciones. En primer lugar se encuentran las denominadas acciones *ex lege*, que surgieron a partir de disposiciones legislativas o senadoconsultos y servían para tutelar derechos de la colectividad. Estas acciones nunca recibieron la denominación de populares por parte de los juristas romanos, pues éstos consideraban que se asemejaban más a los actos de gobierno que facultaban a los magistrados para perseguir conductas que vulneraban la convivencia social²⁹⁵.

²⁹³ DANILOVIC, J., «Observations sur les “*actiones populares*”», en *Studi in onore di G. Grosso*, vol. 6 (Turín, 1974), pp. 15 ss.

²⁹⁴ Cfr. Ulpiano, 3 *ad Ed.*, D. 2.1.7 pr.; Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 47.12.3 pr.; D. 47.12.3.12.

²⁹⁵ Dentro de esta primera categoría se pueden encuadrar acciones surgidas como la *actio de termino moto* concedida por una *lex Mamilia Roscia de limitibus* para dirigirse contra aquellos que alterasen los límites fronterizos de las colonias o los municipios, la acción que concedía la *lex Iulia municipalis* contra quienes distribuían grano de forma indebida o contra los decuriones que ocupaban el cargo a pesar de su condición infamante o la acción fundamentada en la *lex Quinctia de aquaeductibus* contra aquellos que causaban destrozos en las estructuras que conducían el agua.

En contraposición a este primer grupo de acciones *ex lege* se encontraban las acciones pretorias, otorgadas por el pretor con el fin de que se persiguieran conductas lesivas que no estaban contempladas por el *ius civile*. Se trataba de *delicta* que podían perseguirse a iniciativa de cualquier ciudadano romano, en defecto de la interposición de la acción por parte del sujeto que había visto afectados sus intereses directamente²⁹⁶. A diferencia de las anteriores, en estos casos la legitimación popular era subsidiaria.

En las acciones pretorias se percibe la protección de un interés principalmente privado, pues se entiende que el sujeto directamente ofendido por la conducta lesiva es quién debe entablar la acción. Sin embargo, se considera que el tipo de comportamiento realizado ataca en cierta medida la convivencia social, de manera que si el perjudicado no ejercita la acción contra su ofensor, cualquiera está facultado para ejercitar la acción y evitar que la conducta delictiva quedase impune²⁹⁷. Por esa razón, estas acciones se consideran genuinamente populares, pues se desenvuelven en el plano privatístico al tiempo que presentaban un amplísimo alcance en cuanto a su legitimación activa.

En estas acciones se prefería que fuese el particular quien ejercitase la acción porque se consideraba el más interesado en obtener la condena. Precisamente ese mismo criterio de mayor idoneidad o interés en la persecución de la conducta lesiva, servía también para discriminar a quién se otorgaba una acción popular cuando se producía una situación de concurrencia de acusadores. El magistrado debía entonces valorar cuál de los solicitantes era el más idóneo para ejercitar la acción.

Paulo, *1 ad Ed.*, D. 47.23.2: *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.*

²⁹⁶ Dentro de esta segunda categoría se pueden incluir acciones que aparecieron inicialmente recogidas en el Edicto del pretor, como la *actio de sepulchro violati* para evitar la profanación de las sepulturas (Ulpiano, *25 ad Ed.*, D. 47.12.3 pr.), la *actio de albo corrupto* para sancionar los actos vandálicos contra las notificaciones públicas emitidas por el pretor (Ulpiano, *3 ad Ed.*, D. 2.1.7 pr.), una *actio* contra las personas que no acataron la decisión jurisdiccional de un magistrado (Ulpiano, *1 ad Ed.*, D. 2.3.1), la *actio de effusis et deiectis* para sancionar al *haborator* que lanzaba elementos sólidos o líquidos desde su vivienda la vía pública causando daños patrimoniales so personales a los viandantes (Ulpiano, *23 ad Ed.*, D. 9.3.1), la *actio de positis vel suspensis* contra el *haborator* que colgaba objetos de su fachada que podían desprenderse y causar daño a los viandantes (Ulpiano, *23 ad Ed.*, D. 9.3.6), la *actio edilicia de feris* que prohibía mantener animales peligrosos bajo dominio de particulares (Ulpiano, *2 ad Ed. aedil. Curul.*, D. 21.1.41), la *actio de tabulis apertis* contra los que hubiesen realizado alguna acción en contra el Edicto (Gayo, *17 ad Ed. prov.*, D. 29.5.25.2) o la *actio de mortu illato* que impedía depositar un cadáver en lugares públicos (Ulpiano *25 ad Ed.*, D. 11.7.8.2).

²⁹⁷ DANILOVIC, J., *Observations sur les "actiones populares"*, cit., p. 26.

Ahora bien, este criterio de la idoneidad no sólo se refería al ciudadano más afectado por la conducta lesiva²⁹⁸, sino que también servía para valorar al sujeto que presentase mayores cualidades personales como la dignidad, la edad o las costumbres. De esta forma, el pretor se encargaba de localizar a las personas que se hubieran visto más perjudicadas por los hechos perseguidos y, entre ellas, escogía a quién ofreciese mayores garantías de tutelar correctamente el interés público dañado²⁹⁹.

Ulpiano, 2 de off. cons., D. 48.2.16: *Si plures exstant, qui eum in publicis iudiciis accusare volunt, iudex eligere debet eum qui accuset, causa scilicet cognita aestimatis accusatorum personis vel de dignitate, vel ex eo quod interest, vel aetate vel moribus vel alia iusta de causa.*

Una vez analizados los principales rasgos característicos que determinaban la naturaleza jurídica de las acciones populares, cabe preguntarse si nuestra *accusatio suspecti tutoris* podría encuadrarse dentro de esta categoría. Según lo que hemos venido defendiendo en los apartados anteriores, vulneraba el derecho de un particular al mismo tiempo que afectaba un interés de cierta trascendencia pública como era la tutela, sabemos que se resolvía a través de cauces procesales de naturaleza esencialmente privatística y no podemos olvidar que el propio Ulpiano la califica como una acción “*quasi publicam*” ejercitable por todos³⁰⁰.

Sin embargo, no parece que esas similitudes sean suficiente como para poder catalogar a la *accusatio suspecti tutoris* entre las acciones populares³⁰¹. Si bien parece que se trata de un proceso privado abierto a todo el mundo, lo cierto es que nuestra acción no protege en realidad ningún interés colectivo, ni pretende que se aplique una sanción pecuniaria sobre el sujeto condenado y ni tan siquiera se deriva ningún beneficio para el acusador. Por el contrario, su finalidad es que se declare como sospechoso a aquel tutor que ha vulnerado los intereses particulares del pupilo y, como mucho, del resto de familiares que podían llegar a heredar ese patrimonio.

²⁹⁸ Ulpiano, 1 ad Ed., D. 47.23.3.1: *In popularibus actionibus is cuius interest praeferitur.*

²⁹⁹ El motivo de la aplicación de este doble criterio de selección, bajo la dirección del pretor, debía ser evitar posibles supuestos en los que solicitase el ejercicio de la acción popular un acusado previamente conchabado con el acusado. De esta forma, la *inquisitio* del pretor pretendía evitar que se llevasen a cabo juicios en los que la parte acusadora no tenía una verdadera intención de perseguir al ofensor.

³⁰⁰ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., 26.10.1.6.

³⁰¹ En este sentido, LAPRAT, R., *Le crimen suspecti*, cit., pp. 250 ss.

De todo ello se concluye que si bien la *accusatio suspecti tutoris* presentaba evidentes rasgos de popularidad desde su articulación primigenia, no puede encuadrarse sin más en la categoría general de las acciones populares. En realidad, presenta una serie de características propias y tan sólo se puede considerar una acción popular en tanto en cuanto el derecho para impulsar la acusación es general. Por ese motivo, se explica que un jurista de la talla de Ulpiano prefiriese utilizar la expresión “*quasi publicam*” para referirse a la *accusatio suspecti tutoris*.

Una vez aclarada su naturaleza cuasi popular, entendida en el sentido de que se trataba de un recurso procesal expedito a cualquier ciudadano, nuestra atención debe centrarse en los sujetos facultados para ejercitar esta acusación. Con esa finalidad, el próximo apartado pretende arrojar algo de luz acerca de los sujetos que estaban facultados para incoar el proceso desde los orígenes de la *accusatio suspecti tutoris*.

7.2. *QUASI PUPILLI DEFENSORES*

Como hemos señalado en el apartado anterior, el carácter cuasi popular de la *accusatio suspecti tutoris* se fundamentaba en que la actuación fraudulenta del tutor acusado como sospechoso no sólo afectaba a los intereses del pupilo, sino también, en cierto modo, a los intereses de toda la comunidad. Por este motivo, al menos durante la época clásica, el ordenamiento jurídico romano facultaba a casi cualquier integrante de esa comunidad para que pudiera ejercitar la acusación, independientemente de que perteneciera o no a la familia del pupilo.

Sin embargo, no parece que una acusación establecida en los términos en que aparece recogida en los textos de Ulpiano pudiera existir desde los mismos orígenes de la *accusatio suspecti tutoris*. Aunque carecemos de cualquier testimonio al respecto, no resulta sencillo imaginar que en época decenviral, o inmediatamente posterior³⁰², pudiera haberse desarrollado un concepto jurídico de tanta complejidad técnica y que parece asociado a una concepción asistencial de la tutela.

En este sentido, debemos recordar que en origen la tutela aparece estrechamente vinculada al fenómeno sucesorio y, por ese motivo, se desenvuelve en un ámbito estrictamente familiar. Su finalidad no estaba encaminada a proteger los intereses del pupilo, sino que se trataba de un mecanismo que pretendía asegurar la continuidad de la familia en su sentido más amplio. Por esa razón, la actuación fraudulenta del tutor sobre el patrimonio pupilar debía percibirse como un ataque a los intereses del propio grupo familiar en su conjunto.

Esto nos lleva a pensar que en un primer momento el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* quedaría restringido a los familiares del pupilo que podían verse, de forma más o menos directa, afectados por la mala actuación del tutor. Dado que las primeras formas tutelares se desenvolvían en un ámbito familiar, resulta razonable que fueran precisamente los parientes más cercanos al pupilo los encargados de vigilar la labor del tutor y, consecuentemente, también serían ellos los más interesados en perseguir al tutor en el caso de observar alguna actuación fraudulenta³⁰³.

³⁰² Vid. *supra* capítulo 3.1 sobre el origen de las distintas modalidades de tutela.

³⁰³ FADDA, C., *L'azione popolare*, cit., p. 42, utiliza las tesis anteriormente esbozadas por Ihering y Voigt para señalar que lo más probable es que el grupo gentilicio se encargase de la supervisión de las actuaciones del tutor durante la época más remota.

También es muy posible que desde los orígenes de la *accusatio*, los amigos del *pater familias* del pupilo se pudieran interesar por la situación del menor y ejercitasen la acusación si observaban comportamientos inadecuados por parte del tutor. Ahora bien, Ulpiano recuerda que estos no estaban obligados a intervenir y, en consecuencia, si decidían acusar al tutor carecían de una acción contra el pupilo para exigir el reembolso de las impensas desembolsadas.

Ulpiano, 6 *disput.*, D. 3.5.43: *Is, qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit vel suspectos tutores postulavit, nullam adversus eos habet actionem secundum divi severi constitutionem.*

A pesar de que no se conocen fuentes que refuercen esta hipótesis, resulta inimaginable cualquier otra forma originaria de articular esta acusación. Admitir una interpretación más restringida de la legitimación acusatoria supondría excluir a parientes del pupilo o allegados a la familia que estaban, más o menos directamente, interesados en que se realizase una adecuada administración del patrimonio pupilar. Y, por otra parte, aunque en la práctica podría resultar técnicamente posible que cualquier ciudadano romano acusara a un tutor como sospechoso, la tutela se desenvolvía en un ámbito estrictamente familiar y no cabe pensar que otros individuos que no fueran los parientes o conocidos más allegados a la familia del pupilo pudieran tener conocimiento de las actuaciones fraudulentas del tutor.

Ahora bien, independientemente de los perjuicios que las malas actuaciones del tutor pudieran generar para los intereses de los familiares del pupilo, no cabe duda de que el principal afectado por esos comportamientos era el propio pupilo. Por tanto, resulta razonable pensar que el menor sometido a tutela pudiera ejercitar la acusación de forma similar a como actuaba en los procesos criminales cuando él mismo había sido ofendido por alguna conducta delictual³⁰⁴.

Sin embargo, mientras que en esos casos se requería la autorización de su tutor para intervenir en el litigio³⁰⁵, en los casos de *accusatio suspecti tutoris* se enfrentaría precisamente contra su propio tutor. Puesto que se trataba de una decisión con tan graves implicaciones para ambas partes, resulta razonable pensar que desde sus orígenes

³⁰⁴ Ulpiano, 71 *ad Ed.*, D. 43.29.3 pr.; 11; Valente, 2 *de public. iudic.*, D. 48.2.8; 11.

³⁰⁵ MOMMSEN, T., *Droit penal romain*, traducido por Duquesne (París, 1907), p. 37 nt. 2, destaca que este requisito puede percibirse en Papiniano, 1 *de adult.*, D. 48.2.2.1 y C.I. 9.1.5 (a. 222).

se tratase de limitar su utilización de forma irreflexiva o desmesurada. Por ese motivo, durante la época clásica estaba vigente la prohibición de acusar al tutor sospechoso por parte de sus propios pupilos³⁰⁶.

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.7 pr.: *Impuberibus quidem non permittitur suspectos facere: adolescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant.*

Como se puede observar, Ulpiano comienza afirmando rotundamente que los impúberes no pueden acusar a sus tutores como sospechosos. No obstante, luego señala que los adolescentes sí se encuentran facultados para ejercitar la acusación, aunque matiza que deben hacerlo tras haberse asesorado previamente por sus parientes. Esta misma idea parece recogerse también en las Instituciones de Justiniano.

Inst. 1.26.4: *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

En este pasaje se pone nuevamente de manifiesto la incapacidad acusatoria de los pupilos que no han alcanzado la pubertad, mientras que se reconoce tal facultad a los menores púberes que se encuentran sometidos a curatela. La legitimación para ejercitar la *accusatio suspecti tutoris* se basaba, por tanto, en la madurez del pupilo. Esta regulación denota así una evidente preocupación porque los menores sometidos a tutela pudieran usar este recurso procesal de forma irreflexiva³⁰⁷.

Con esta limitación se pretendía que si bien cualquier ciudadano, aunque se supone que serían los familiares o allegados al pupilo, podía ejercitar la acusación, al menos tuviera una madurez mental suficiente para comprender las graves consecuencias de una decisión tan relevante. En este sentido, se determina que el pupilo que hubiera alcanzado la pubertad habría alcanzado esa madurez y, aunque necesariamente debía ser aconsejado por sus parientes, estaba facultado para acusar a su curador.

Toda esta regulación aparece perfectamente aclarada en un rescripto emitido por el emperador Gordiano en el siglo III d.C.

³⁰⁶ A diferencia de lo que sucedía en los procesos civiles ordinarios, en los que el pupilo podía recurrir al nombramiento de un tutor *ad litem* por parte del pretor urbano para dirigirse contra su propio tutor, *vid.* Gai. 1.184; *Tit. Ulp.* 11.24.

³⁰⁷ Sobre un supuesto excepcional, recogido en C.I. 5.43.7 (a. 240), *vid. infra* apartado 7.3.1.

C.I. 5.43.6.3: *Imperator Gordianus A. Felici. Pietatis fungeris munere, qui fratris tui filios, ut necessitudo sanguinis suadet, protegere conaris. Si igitur tutores vel curatores eorum non recte administrant, suspectis eis postulatis atque ostensis, ut alii in loco eorum constituentur, facile impetrabis. Quod si nihil in fraudem egerunt, verum ita egeni sunt, ut in eorum administratione fratris tui filiorum substantia periclitetur, an eis iniungendus sit curator, qui idoneis facultatibus sit, rector provinciae aestimabit. Removendi autem licentia non solum parentibus utriusque sexus, sed etiam cognatis et extraneis et infamibus et ipsi cuius res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur (a. 238).*

El rescripto comienza señalando que el destinatario se encuentra obligado, por motivos de piedad, a proteger los intereses de los hijos impúberes de su hermano. De ello se deduce que en el caso de que sus tutores o curadores no administrasen correctamente, pueden ser removidos como sospechosos y nombrados otros en su lugar. No obstante, el texto continúa indicando que si la pobreza de esos tutores o curadores pusiera en riesgo el patrimonio pupilar, puede nombrarse un curador adjunto.

Ahora bien, la parte más interesante del rescripto se recoge al final, donde se afirma que la facultad para remover a estos tutores se concede no sólo a los ascendientes de ambos géneros, sino también a los parientes cognados, a los afines, a los extraños a la propia familia e incluso a los propios pupilos, siempre que estos hayan alcanzado la pubertad. En resumen, se considera que prácticamente cualquier ciudadano, siempre que tenga reconocida buena fama, puede incoar el proceso.

Esta enorme amplitud de la legitimación activa en este tipo de procesos sólo se puede entender desde una óptica proteccionista del menor. Como hemos señalado, originariamente tan sólo los familiares más próximos al pupilo estarían interesados en la acusación, dado que buscaban proteger sus propios intereses patrimoniales. Y sólo con posterioridad, a medida que se disuelven los vínculos interparentales tradicionales y la tutela se desliga del fenómeno sucesorio, cabe pensar que la interposición de este tipo de acusaciones se generalizó entre toda clase de ciudadanos.

De acuerdo con la evolución de la tutela que hemos trazado en los capítulos anteriores del presente trabajo³⁰⁸, la institución tiende a desprenderse de su originario carácter potestativo y familiar, hasta llegar a convertirse en un verdadero *munus publicum*. Estos cambios responden a la nueva sociedad que se configura durante el período republicano avanzado, momento en que los ciudadanos romanos abogan por abandonar los ritos tradicionales y los férreos vínculos familiares del pasado, prestando mayor atención a los aspectos personalistas y patrimoniales de la vida.

Esta nueva noción asistencial de la tutela debió conllevar, entre otras modificaciones, que el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* se extendiese en la práctica a cualquier ciudadano romano que observase un inadecuado comportamiento del tutor. A partir de ese momento se puede hablar entonces de una verdadera acusación popular³⁰⁹, cuya finalidad ya no consiste en proteger los propios intereses del acusador, sino en brindar auxilio al pupilo impúber que no puede defenderse por sí mismo.

Esto explicaría que las fuentes clásicas se refiriesen todavía al sujeto que acusa al tutor sospechoso como “*quasi pupilli defensor*”.

Ulpiano, *1 de appellat.*, D. 49.4.1.14: *Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere iulianus libro quadragesimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem.*

De esta forma, podemos concluir que si bien es posible que desde sus mismos orígenes la *accusatio suspecti tutoris* pudiera ser ejercitada por casi cualquier ciudadano, en la práctica ese carácter popular no se consolida hasta que la tutela pasa a concebirse como un verdadero *munus publicum*. Puesto que el pupilo impúber carecía de la madurez suficiente como para defenderse por sí mismo, el ordenamiento jurídico romano establecía la posibilidad de que casi cualquier ciudadano ejercitase la acusación en defensa de los intereses del menor. Desde esta perspectiva, se puede entender que el sujeto acusador fuese calificado como “*quasi pupilli defensorem*”.

³⁰⁸ Vid. *supra* capítulo VI apartado 1.

³⁰⁹ Aunque parte de la doctrina relaciona la posibilidad de que la *accusatio suspecti tutoris* pudiera ser ejercitada por cualquier ciudadano romano al declive que sufre la organización gentilicia a finales del período republicano, lo cierto es que posiblemente desde un primer momento ya se contemplase esta posibilidad y, en todo caso, su generalización se produce a partir del cambio de concepción de la tutela como *munus publicum*.

7.3. SUPUESTOS DE ACUSACIÓN EXCEPCIONALES

Hasta ahora hemos centrado nuestros esfuerzos en comprender el significado de la expresión “*quasi publicam*” empleada por Ulpiano para referirse a los sujetos facultados para ejercitar la *accusatio suspecti tutoris*³¹⁰. De acuerdo con el análisis realizado, hemos concluido que con esa calificación se pretendía dar a entender que, sin tratarse de una acción popular en sentido estricto, el ejercicio de este recurso procesal se encontraba expedito a todos los ciudadanos romanos.

Sin embargo, este reconocimiento de una legitimación acusatoria general chocaba contra las limitaciones que tradicionalmente restringían la actividad acusatoria a ciertas personas por razón de su sexo, edad, condición social, situación política o por la comisión de actuaciones fraudulentas. A todos estos supuestos de incapacidad para ejercitar la acusación se refiere un fragmento de Macer.

Macer, 2 de publ. iudic., D. 48.2.8: *Qui accusare possunt, intellegemus, si scierimus, qui non possunt. Itaque prohibentur accusare alii propter sexum vel aetatem, ut mulier, ut pupillus: alii propter sacramentum, ut qui stipendium merent: alii propter magistratum potestatemve, in qua agentes sine fraude in ius evocari non possunt: alii propter delictum proprium, ut infames: alii propter turpem quaestum, ut qui duo iudicia adversus duos reos subscripta habent nummosve ob accusandum vel non accusandum acceperint: alii propter condicionem suam, ut libertini contra patronos.*

En consonancia con estas restricciones, a lo largo de la exposición general de Ulpiano sobre la *accusatio suspecti tutoris* se recogen una serie de fragmentos en los que se trata la posible acusación excepcionalmente ejercitada por parte de alguna de estas personas. Por ese motivo, en los próximos apartados nos vamos a centrar en todos estos supuestos excepcionales de acusación, que afectan a las mujeres, a los libertos del pupilo y a los eventuales cotutores.

³¹⁰ Ulpiano, 35 ad Ed., 26.10.1.6 (= Inst. 1.26.3).

7.3.1. LA ACUSACIÓN EJERCITADA POR MUJERES

Tras confirmar que la *accusatio suspecti tutoris* era una acción “*quasi publicam*” que podía ser ejercitada por cualquiera, Ulpiano aclara que entre los posibles acusadores también se incluía a las mujeres. Sin embargo, las palabras empleadas por este jurista denotan la excepcionalidad de esta medida.

Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.7: *Quin immo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, ut puta mater. Nutrix quoque et avia possunt. Potest et soror, nam in sorore et rescriptum exstat divi severi: et si qua alia mulier fuerit, cuius praetor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere iniuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.*

La expresión “*quin immo*” con la que comienza el pasaje parece dar a entender que el reconocimiento de la amplia legitimación activa realizado en el fragmento anterior no incluía a las mujeres y que, por ese motivo, Ulpiano debe recalcar su inclusión de forma separada. Pero además, el pasaje ni siquiera reconoce la posibilidad de acusar a todas las mujeres, sino que limita esta facultad a la madre, la nodriza, la abuela y la hermana del pupilo, aunque también considera que la acusación podía ser ejercitada por cualquier otra mujer extraña a la familia del pupilo, siempre y cuando su intervención venga fundamentada en la piedad hacia el pupilo.

Tanto la terminología utilizada por Ulpiano, como el hecho de que la acusación de las mujeres se contemplase en un fragmento separado del régimen general y las múltiples restricciones aplicadas en estos casos, inducen a pensar que desde la época antigua se aplicaba un tratamiento jurídico diferenciado en las acusaciones impulsadas por mujeres. Con el objetivo de comprender adecuadamente las causas y consecuencias de esta ordenación debemos detenernos a analizar, aunque sea de forma sucinta, la situación de la mujer en el ámbito procesal desde la época antigua³¹¹.

³¹¹ Sobre la posición procesal de la mujer en Roma, *vid.* MASIELLO, T., *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra Antonini e i Severi* (Nápoles, 1979); LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio*, cit., pp. 277-321; GAUDEMET, J., «Le statut de la femme dans l'Empire romain», en *Le femme* (París, 1983), pp. 191-222; PEPPE, L., *La posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milán, 1984); FANIZZA, L., *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale* (Roma, 1988); RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano* (Madrid, 1996); D' AMBRA, E., *Roman Women* (Madrid, 2007).

En este sentido, debemos recordar que los juristas clásicos reconocen que desde los orígenes de Roma existía cierta desigualdad con respecto a la condición jurídica de las mujeres³¹². La causa de esta discriminación parece fundamentarse sobre la idea de una mayor dignidad en el sexo masculino³¹³. Como consecuencia de ello, mientras que los hombres se ocupan de todos los oficios civiles o públicos de cierta relevancia³¹⁴, Ulpiano recuerda que las mujeres no podían desempeñar las magistraturas, ni actuar como jueces³¹⁵, ni postular o representar a otras personas en los litigios.

Ulpiano, *1 ad Sab.*, D. 50.17.2 pr.: *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

Nuestra atención debe centrarse en la prohibición impuesta a las mujeres para acusar en juicio, tanto en su propio nombre como en representación de otros. En este sentido, cabe destacar que a pesar de que las fuentes romanas afirmaban que la facultad de acusar competía “*cuius ex populo*”³¹⁶, lo cierto es que la competencia acusatoria estaba reservada únicamente a los varones que habían alcanzado la pubertad³¹⁷. En la práctica, tanto las mujeres como los impúberes quedaban excluidos de esa legitimación general, tal y como recuerda el jurista Macer³¹⁸.

Las primeras excepciones a la prohibición general de acusar de las mujeres se consolidan a partir de la promulgación de la *lex iudiciorum publicorum* del año 17 a.C., que establecía cuáles eran las normas generales aplicables al procedimiento público de las *quaestiones*. A partir de ese momento se introducen numerosas excepciones a través de senadoconsultos, rescriptos imperiales y la propia interpretación jurisprudencial. Ahora bien, la facultad acusatoria de las mujeres todavía se encuentra sometida a numerosas restricciones y, por lo general, se limita a supuestos en los que se persiguiera actos que hubieran lesionado sus propios intereses.

³¹² Papiniano, *31 quaest.*, D. 1.5.9: *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*

³¹³ Ulpiano, *62 ad Ed.*, D. 1.9.1: (...) *putem praeferri, quia maior dignitas est in sexu virili.*

³¹⁴ Entre ellos se encontraba también el cargo de tutor, que durante la época clásica ya era considerado un *munus publicum*, *cfr.* C.I. 5.35.1 (a. 224).

³¹⁵ Paulo, *17 ad Ed.*, D. 5.1.12.2.

³¹⁶ Inst. 4.18.1: *Publica autem dicta sunt quod cuivis ex populo exsecutio eorum plerumque datur.*

³¹⁷ LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio*, cit., p. 306; FANIZZA, L., *Delatori e accusatori*, cit., pp. 77 ss.

³¹⁸ Macer, *2 de publ. iudic.*, D. 48.2.8: *Qui accusare possunt, intellegemus, si scierimus, qui non possunt. Itaque prohibentur accusare alii propter sexum vel aetatem, ut mulier, ut pupillus.*

Esta regulación se refleja con especial claridad en un fragmento de Pomponio referido a la posibilidad de acusar de las mujeres en juicio público únicamente cuando se persiga la muerte de algún familiar propio o de su patrono o patrona³¹⁹.

En estos casos se consideraba que la mujer estaba facultada para acusar en un proceso porque había resultado ofendida o estaba personalmente interesada en perseguir una determinada conducta lesiva. Sin embargo, no se puede considerar que en supuestos de acusación popular como la *accusatio suspecti tutoris* la actuación del tutor hubiera lesionado los intereses de la mujer. En relación a estos casos, Ulpiano recuerda que en su época todavía estaba prohibido que las mujeres “*pro aliis postulare*”.

Ulpiano, 6 *ad Ed.*, D. 3.1.1.5: *Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto exceptit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.*

Como se puede observar, las causas de esta prohibición se basaban en el pudor del propio sexo de la mujer, en el hecho de que se trataba de causas ajenas y, por último, en que la acusación era un *officium viril*³²⁰. Ahora bien, Ulpiano también recuerda que el origen de la prohibición se debe a una mujer llamada Carfania³²¹, cuya desvergonzada actuación como representante procesal en juicio terminó importunando al magistrado de tal forma que, con el fin de preservar el decoro y la dignidad de los magistrados, se prohibió que ciertas personas abogaran ante ellos³²².

³¹⁹ Pomponio, 1 *ad Sab.*, D. 48.2.1: *Non est permissum mulieri publico iudicio quemquam reum facere, nisi scilicet parentum liberorumque et patroni et patronae et eorum filii filiae nepotis neptis mortem exequatur.*

³²⁰ Esta idea se repite en otros pasajes de la compilación justiniana como Paulo, 50 *ad Ed.*, D. 3.3.54 pr.; Ulpiano, 1 *ad Sab.*, D. 50.17.2 pr.; C.I. 2.13.18 (a. 294-305).

³²¹ De acuerdo con la mayor parte de la doctrina, Carfania parece coincidir con Afrania, de la que Valerio Máximo recuerda que fue la mujer del senador Licinio Bución durante el siglo I a.C. (Val. Max. 8.3.2). Vid. SCIASCIA, G., «Carfania e as mulheres advogadas», en *Varietá Giuridiche, Scritti Brasiliani di Diritto Romano e Moderno* (Milán, 1956), pp. 13 ss.; LABRUNA, L., «Un editto per Carfania?», en *Synthese V. Arangio-Ruiz*, 1 (Nápoles, 1964), pp. 416 ss.; CRIFO, G., «Sul problema della donna tutrice», en *BIDR*, 67 (1964), pp. 144 ss.; RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer*, cit., pp. 87 ss.

³²² Ulpiano, 6 *ad Ed.*, D. 3.1.1 pr.: *Hunc titulum praetor proposuit habendae rationis causa suaeque dignitatis tuendae et decoris sui causa, ne sine delectu passim apud se postuletur.*

Sea como fuere, parece claro que el contenido de este fragmento concuerda con el otro pasaje del mismo jurista referido anteriormente³²³: en época clásica tardía las mujeres se encuentran excluidas del ejercicio de la acusación en representación de terceros. Sólo de manera absolutamente excepcional se admitió que pudieran ejercitar acciones de carácter popular, pero siempre y cuando se vieran directamente afectadas. Ulpiano plasma perfectamente esta forma de acusar extraordinaria.

Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 47.23.6: *Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat*³²⁴.

Como se puede observar, el texto comienza enunciando la norma general que prohibía que las mujeres y los pupilos pudieran ejercitar una acción popular, pero la continuación matiza que se admitía esta posibilidad si acusaban en defensa de sus intereses. Esta excepción sólo puede entenderse al calor del paulatino reconocimiento de la posibilidad de acusar de las mujeres en los *iudicia publica*. Durante la época clásica se habría mantenido la antigua prohibición como principio general, pero al mismo tiempo se habría tolerado el ejercicio de acciones populares cuando las mujeres se encontrasen personalmente interesadas.

En el caso de la *accusatio suspecti tutoris*, si bien es cierto que la mujer no se encuentra directamente afectada por el comportamiento del tutor sospechoso, no existiendo la posibilidad de que el pupilo pueda defenderse por sí mismo, parece razonable que una mujer de su entorno familiar estuviera legitimada para ejercitar la acusación. Se trataría de una nueva ampliación de la capacidad acusadora de las mujeres durante la época clásica, pero que nuevamente aparece mediatizada por una cierta noción de interés personal en juego.

Esta regulación de los supuestos de acusación del tutor sospechoso supondría resolver en su momento la colisión entre dos corrientes completamente contrapuestas. Por un lado se intentarían respetar los antiguos principios que restringían el derecho de acusación de las mujeres fundamentándose en la indignidad de su sexo, pero por otra parte debieron producirse casos en los que el pupilo tan sólo contaba con la posibilidad de defensa de una persona del género femenino.

³²³ Vid. *supra* Ulpiano, 1 *ad Sab.*, D. 50.17.2 pr.

³²⁴ Sobre los problemas que entraña la redacción de este pasaje, vid. CASAVOLA, F., *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., pp. 103 ss.

Ante la posible indefensión del menor sometido a tutela o la ruptura de una prohibición de origen consuetudinario³²⁵, finalmente se habría decidido que el interés de los menores debía prevalecer sobre la tradición. De esta forma, se habría terminado admitiendo que las mujeres que guardaban cierto parentesco con respecto al pupilo pudieran ejercitar la acusación contra el tutor si observaban comportamientos inadecuados en el desempeño de sus funciones.

Inicialmente tan sólo se contemplaría la acusación de mujeres como la madre, la nodriza o la abuela del pupilo, quienes se presuponía que mostrarían mayor interés en proteger los asuntos del pupilo, pues como indicamos en su momento habitualmente eran ellos quienes se encargaban de la crianza y educación del pupilo³²⁶. Ahora cobran más sentido las palabras de Ulpiano, cuando afirmaba que se admitía la posibilidad de acusar en favor de las mujeres que actuaban motivadas por la piedad hacia el pupilo, como eran la madre, la nodriza y la abuela. Y recalca que posteriormente un rescripto de Septimio Severo habría incluido a la hermana del pupilo³²⁷.

Por otra parte, el Código de Justiniano también recoge varios rescriptos en los que los distintos emperadores reconocen a diferentes madres el derecho a remover a los tutores de sus hijos cuando cometían actuaciones sospechosas. En el primero de los textos, dirigido a Domicia, el emperador Antonino Caracalla indicaba expresamente que ella podía acusar como sospechoso al tutor de su hijo antes de que finalizase la tutela si consideraba que su actuación había sido fraudulenta.

C.I. 5.43.1: Imperator Antoninus A. Domicia. *Libertum tuum et tutorem filii tui, si fraudulenter res eius administrare existimas, suspectum facere potes, modo si officium eius pubertate pupilli finitum non est. Nam si eo iure tutor esse desiit, iudicio tutelae conveniendus est* (a. 212).

³²⁵ Paulo, 17 ad Ed., D. 5.1.12.2: *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

³²⁶ Vid. supra capítulo VI apartado 2.1.

³²⁷ De acuerdo con un pasaje de las Instituciones de Justiniano (Inst. 1.26.3), que contempla un contenido similar al recogido en Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.7, el poder de acusar por parte de las mujeres cercanas al pupilo habría sido concedido por los emperadores Severo y Antonino. Esta divergencia con el testimonio de Ulpiano puede deberse a que el jurista únicamente atribuyera el rescripto al emperador más conocido o que realmente impulsó esta regulación, que en este caso sería Septimio Severo.

Por otro lado, el emperador Alejandro Severo recuerda a Fortunata que si el tutor de su hijo no se hiciera cargo de las funciones que requiere su *officium*, tras haber sido compelido a ello por el gobernador de la provincia en que reside la destinataria, ella se encuentra facultada para acusarle como sospechoso con la finalidad de que se nombre un nuevo tutor para su hijo³²⁸.

C.I. 5.43.3: Imperator Alexander Severus A. Fortunata. *Praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. Quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis* (a. 229).

Y todavía encontramos otro rescripto, similar al primero que hemos expuesto, en el que el emperador Alejandro Severo responde a otra madre, llamada Talida, que puede acusar como sospechoso al tutor que el *pater familias* nombró en su testamento para su hijo, siempre que pueda probar que actuó fraudulentamente.

C.I. 5.43.4: Imperator Alexander Severus A. Talida. *Etiam testamento patris tutorem datum suspectum postulare potes, si fraudem tutoris argueris* (a. 229).

Por último, debemos referirnos aquí a un famoso y problemático³²⁹ rescripto emitido por el emperador Gordiano en respuesta a una mujer llamada Gorgonia. En su contestación, el emperador permite que en este caso sea la propia pupila quien pueda ejercitar la *accusatio suspecti tutoris* contra su tutor, pese a la prohibición general de los impúberes para acusar en estos supuestos³³⁰.

C.I. 5.43.7: Imperator Gordianus A. Gorgonia. *Eum, quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, praeses provinciae iubebit. Alius tamen interea in locum eius in administratione rerum ordinandus est* (a. 240).

³²⁸ Sobre las posibles interpolaciones, vid. SOLAZZI, S., *Tutor suspectus*, cit., pp. 115 ss.

³²⁹ La doctrina ha dedicado mucho tiempo a interpretar el significado exacto de este rescripto, aduciendo la existencia de diversas interpolaciones en su contenido. A este respecto, resulta indispensable la lectura de ALBERTARIO, E., «Di alcune innovazioni giustinianee riguardanti la “cura minorum”», en ZSS, 33 (1912), pp. 258 ss.; SOLAZZI, S., «Ancora sull’*edictum de postulando*», en *Studi di Diritto Romano*, 3 (Nápoles, 1960), p. 307, en los que ambos autores concluyen que la expresión “*uel curatorem*” es una adición de los compiladores justinianos.

³³⁰ Vid. *supra* capítulo VIII apartado 7.2.

Esta legitimación excepcional, por cuánto que se concede la posibilidad de ejercitar la *accusatio suspecti tutoris* no solamente a una pupila, sino que además es una mujer, sólo se puede entender el contexto de la evolución acusatoria que hemos explicado a lo largo de este apartado. Dado que se trata de la defensa de sus propios intereses, se trataría de un supuesto en el que se admite la acusación de la mujer sometida a tutela porque está defendiendo sus propios intereses³³¹.

De esta forma, tanto los fragmentos recogidos en la exposición de Ulpiano como los diferentes rescriptos emitidos con posterioridad a lo largo del siglo III d.C. ponen de manifiesto si bien durante la época antigua las mujeres quedaban excluidas del ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris*, al menos desde la época clásica tardía estaba permitido que las mujeres actuasen como acusadoras en ciertos supuestos. En general, parece que como requisito se exigía que estas mujeres guardasen una cierta relación de interés personal con respecto al bien jurídico protegido, que en estos casos eran los intereses del pupilo. Por ese motivo, los únicos supuestos en que se admitieron estas acusaciones fueron aquellos en los que la propia afectada era la pupila o cuando la mujer acusadora guardaba una estrecha relación con el pupilo afectado.

³³¹ Vid. *supra* Ulpiano, 25 ad Ed., D. 47.23.6.

7.3.2. LA ACUSACIÓN EJERCITADA POR LIBERTOS

Con respecto a los libertos, de nuevo debemos acudir a la exposición de Ulpiano sobre la *accusatio suspecti tutoris* para confirmar que al menos desde la época clásica estaban legitimados para ejercitar tal acusación.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.1: *Liberti quoque pupillorum grate facient, si tutores vel curatores eorum male gerentes rem patronorum vel liberorum patronorum suspectos fecerint: sed si patronum suum ut suspectum in tutela facere velint, melius est libertos ab accusatione repelli, ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat, cum hoc aliis omnibus pateat.*

En primer lugar, considera que los libertos de los pupilos sometidos a tutela deben acusar a los tutores o curadores que realizan una mala gestión. Esta legitimación puede contemplarse en el marco de protección que deben brindar al pupilo sus familiares y allegados, dado que el menor no puede defenderse por sí mismo. Sin embargo, el fragmento también menciona la posibilidad de que sea el patrón del liberto el que ejerza como tutor fraudulento. Y en estos supuestos, Ulpiano considera que los libertos deben renunciar a la acusación.

El motivo de esta distinción parece radicar en la relación de dependencia que mantiene el liberto con respecto a su patrono. El liberto no sólo tenía la obligación de prestar determinados servicios, denominados *operae*, a sus patronos, sino que también debía guardar al patrón la consideración debida *omni honore patrono debito reservato*³³². Esto implicaba que si el liberto detectaba cualquier comportamiento fraudulento en el desempeño de las funciones tutelares por parte de su patrono, el respeto hacia su persona le impedían ejercitar la acusación.

En el ámbito procesal, estas obligaciones de *reverentia* se reflejaban en las restricciones que el liberto tenía para litigar contra su propio patrono. El edicto del pretor no solo prohibía que pudiera realizar la *in ius vocatio* contra su patrono sin contar con la autorización del magistrado³³³, sino que además el pretor denegaba cualquier acción infamante que el liberto solicitara contra el patrono³³⁴.

³³² Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.5; Inst. 1.26.2.

³³³ Gai. 4.183; Ulpiano, 5 *ad Ed.*, D. 2.4.4.1.

³³⁴ Ulpiano, 5 *ad Ed.*, D. 2.4.10.12.

La falta de atención a los deberes de *reverentia* hacia el patrono podía incluso conllevar una declaración de ingratitud del liberto. En este sentido, conocemos que la *lex Aelia Sentia* del 4 d.C. instituyó un proceso criminal para sancionar con penas muy graves a aquellos libertos que fueran considerados ingratos. Con el tiempo también se habría llegado a admitir la posibilidad de revocar la condición de liberto a aquellos que se hubieran comportado de forma ingrata con sus patronos³³⁵.

Aunque la posibilidad de revocar la manumisión del liberto no debió contemplarse hasta época de Constantino³³⁶, no cabe duda de que durante la época de Ulpiano ya se aplicaban fuertes penas contra el tutor ingrato como consecuencia de la regulación impuesta por la *lex Aelia Sentia*. Y posiblemente para evitar esas gravísimas consecuencias (*ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat*), Ulpiano consideraba preferible que los libertos fueran excluidos de la acción.

Por último, cabe destacar que el fragmento de Ulpiano termina refiriéndose a la situación del pupilo, pues al fin y al cabo la popularidad de la *accusatio suspecti tutoris* radica en la protección de este menor. En este sentido destaca que denegar la posibilidad de acusar a los libertos contra su propio patrono no genera ningún desamparo al pupilo, pues esta acción está expedita para los demás.

³³⁵ DE FRANCISCI, P., «La *revocatio in servitatem* del liberto ingrato», en *Mélanges G. Cornil*, I, (Gante-París 1926), pp. 295-324; WILINSKI, A., «Intorno all'*accusatio* e *revocatio in servitatem* del liberto ingrato», en *Studi Volterra*, II, (Milán, 1969), pp. 559-569.

³³⁶ Un rescripto emanado por el emperador Severo en el año 205 d.C. todavía recordaba que el liberto no podía ser reducido a la esclavitud por el manumisor, *vid.* C.I. 6.3.2: *Imperatores Severus, Antoninus. Manumissionis causa traditus neque in servitatem deduci a manumissoire potest neque impositas operas praestare cogitur* (a. 205). Y en el mismo sentido se pronunciaban los emperadores Diocleciano y Maximiano, *vid.* C.I. 6.3.12: *Imperatores Diocletianus et Maximianus. Qui manumittuntur, liberum, ubi voluerint, commorandi arbitrium habent, nec a patronorum filiis, quibus solam reverentiam debent, ad serviendi necessitatem redigi possunt, nisi ingrati probentur, quum neque cum patrono habitare libertos iura compellant* (a. 293), pues la doctrina considera que la expresión “*nisi ingrati probentur*” es resultado de una interpolación que tenía como finalidad adecuar el rescripto a la regulación que se impone unos años más tarde bajo el mandato de Constantino.

7.3.3. LA ACUSACIÓN EJERCITADA POR PERSONAS TACHADAS CON LA NOTA DE INFAMIA

Como tendremos ocasión de analizar con detenimiento en el próximo epígrafe, algunos sujetos podían ser tachados como ignominiosos a consecuencia de una condena en juicios infamantes, por haber cometido ciertos delitos o haber mantenido conductas escandalosas desde el punto de vista social. Entre los efectos jurídicos que se derivaban de esta calificación se contaba la imposibilidad de *postulare* ante un magistrado, lo que implicaba que los infames no podían realizar ninguna acusación.

Sin embargo, en el caso de la *accusatio suspecti tutoris* tenemos noticia de un rescripto del emperador Gordiano, en el que se indicaba expresamente que las personas tachadas con la nota de infamia también estaban legitimadas para acusar a los tutores o curadores que actuaban fraudulentamente³³⁷.

C.I. 5.43.6.3: *Imperator Gordianus. Removendi autem licentia non solum parentibus utriusque sexus, sed etiam cognatis et extraneis et infamibus et ipsi cuius res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur* (a. 238).

Esta excepción a la regla general debe contemplarse en el mismo contexto de las ampliaciones de la legitimación activa en favor de las mujeres o los libertos, que tienen lugar también durante la época clásica. Solo desde la perspectiva de una tutela con fines asistenciales se puede entender que se levanten las prohibiciones de acusar de personas que tradicionalmente estaban excluidas del ámbito procesal. Por encima de la tradición, ahora prevalecen los intereses del pupilo, lo que implica que deben contemplarse todas las posibilidades que permitan asegurar su bienestar.

³³⁷ En este sentido, Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3 pr., alude al caso del cotutor que hubiera sido apartado de la tutela como sospechoso. A pesar de que ostente la consideración de infame, estaba capacitado para acusar al resto de cotutores fraudulentos.

8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS*

8.1. LA REMOCIÓN DEL TUTOR DECLARADO SOSPECHOSO

De acuerdo con el plan anunciado por Ulpiano, el último aspecto en relación con la *accusatio suspecti tutoris*³³⁸ atañe a la pena que se imponía al tutor declarado sospechoso. No obstante, en su exposición no se recoge ningún fragmento que aborde la cuestión de manera general. Por el contrario, se trataba de una cuestión a la que aludían diversos pasajes de forma muy amplia. Por ese motivo, consideramos más pertinente hablar de las consecuencias derivadas de la *accusatio*.

Antes de profundizar en el contenido de estos fragmentos referidos a los efectos jurídicos derivados de la declaración del tutor como sospechoso, debemos ocuparnos de la propia noción de *tutor suspectus*. A la vista de lo expuesto en los epígrafes anteriores, parece claro que con esa calificación se pretendía hacer referencia a todos los tutores que hubieran generado o existiera el riesgo de que pudieran llegar a generar un perjuicio para los intereses del menor tutelado. Por esa razón, el término *suspectus* abarcaría todo un amplísimo conjunto de comportamientos que presentaban al tutor como indigno de la confianza depositada sobre su persona.

Ese vínculo entre la declaración como sospechoso y la ruptura de la *fides* se observa en numerosas fuentes clásicas, pero con especial claridad en un pasaje de Paulo referido a los tutores que no solicitaban la restitución de un pago.

Paulo, *1 dec.*, D. 4.4.38: *Aemilius larianus ab ovinio fundum rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ita ut si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. Intra priores duos menses lariano defuncto rutiliana pupillaris aetatis successerat, cuius tutores in solutione cessaverunt. Venditor denuntiationibus tutoribus saepe datis post annum eandem possessionem claudio telemacho vendiderat. Pupilla in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat. Putabam bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat.*

³³⁸ Vid. *supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1.

Como se puede observar, el fragmento recuerda el caso de la compraventa del fundo Rutiliano con pacto comisorio añadido. Habiendo las partes acordado un pago fraccionado en el plazo de cuatro meses, Paulo recuerda qué tras fallecer el comprador en los dos primeros meses, su posición jurídica recayó sobre su hija Rutiliana, que era una impúber sometida a tutela. Tras haber notificado en varias ocasiones la obligación de satisfacer el precio restante a los tutores, el vendedor decidió finalmente vender el fundo Rutiliano a un tercero y ante las reclamaciones de devolución del precio pagado inicialmente por el padre fallecido, tanto el pretor como el *praefectus urbi* rechazaron la pretensión de la hija sometida a tutela.

Sin embargo, el fragmento continúa señalando que el emperador consideró que la sustitución de la hija por el padre fallecido invalidaba el pacto previamente acordado y, por tanto, debía restituirse el precio que inicialmente se había pagado al vendedor. Pero lo más importante, a nuestros efectos, se encuentra recogido al final del fragmento, donde se indica que al no haber solicitado los tutores la restitución del precio pagado en favor de la pupila, fueron declarados sospechosos.

Paulo, *1 dec.*, D. 4.4.38: *Imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. Dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denunciando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. Quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam. Movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.*

Nos encontramos entonces ante una amplísima noción del término “*suspectus*”, pues no sólo englobaría a todos aquellos tutores que hubieran obrado inadecuadamente, sino que también incluiría a los que, por cualquier otro motivo, hubieran dejado de proteger los intereses de sus tutelados. En este sentido, la aplicación de la *accusatio suspecti tutoris* resultaba ciertamente rigurosa: cualquier negligencia grave por parte del tutor le incapacitaba para seguir desempeñando el cargo, puesto que representaría un riesgo para los intereses del pupilo en el futuro.

Esta concepción del tutor sospechoso concuerda con la naturaleza asistencial de la tutela durante la época clásica. La acusación tendría como finalidad impedir que ese tutor pudiera causar nuevos perjuicios al pupilo. Abundando en esa misma idea, las fuentes clásicas recuerdan que desde el mismo momento en que ponía en marcha el proceso de acusación se procedía a suspender de todas sus funciones al tutor.

Ulpiano, *30 ad Sab.*, D. 46.3.14.1: (...) *dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum etsi honorariis (nam et ad hos periculum pertinet), recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur. Idem dico et si quis sciens suspectis postulatis solvat: nam iis interim videtur interdicta administratio.*

El pasaje comienza abordando los distintos tipos de tutores y las competencias que estos tenían atribuidas, pero al final termina señalando que los tutores que fueron acusados como sospechosos estaban suspendidos en sus funciones administrativas. Aunque esta afirmación resulta muy relevante, Ulpiano no aporta más información. A este respecto, solo cabe recordar que en un fragmento de las Instituciones de Justiniano se indicaba que esta precaución ya fue tomada en cuenta por Papiniano³³⁹.

Se trataría de una medida procesal que ya se aplicaba en tiempos de Sabino y parece fuera de toda duda que se encontraba totalmente generalizada durante el período tardoclásico. Puesto que era posible que el tutor que hubiera sido acusado resultase finalmente declarado sospechoso, mientras se tramitase el proceso se consideraba conveniente apartar temporalmente al tutor de sus funciones. En estos casos cabe pensar que se debía nombrar a otra persona para que se hiciera cargo de la administración tutelar, tal y como aparece recogido en un rescripto del año 240 que el emperador Gordiano remite a una mujer llamada Gorgonia.

C.I. 5.43.7: *Imperator Gordianus A. Gorgoniae. Eum, quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis abstinere ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, praeses provinciae iubebit. Alius tamen interea in locum eius in administratione rerum ordinandus est (a. 240).*

³³⁹ Vid. *supra* Inst. 1.26.7.

A nuestros efectos, resulta determinante resaltar la pretendida ambigüedad en la redacción del rescripto a la hora de referirse al sujeto que debe encargarse de la administración tutelar mientras durase el proceso. Y ello parece deberse a que en estos supuestos existía tanto la posibilidad de nombrar un cotutor adjunto al tutor acusado³⁴⁰, como la posibilidad de que el magistrado correspondiente designase a un tutor dativo en su lugar³⁴¹. En todo caso, parece claro que esta precaución pretendía evitar cualquier riesgo para los intereses del pupilo.

Si el proceso finalizaba sin que el tutor resultase declarado sospechoso, se levantaba la suspensión de sus funciones y todo regresaba a la situación previa al ejercicio de la acusación. Por el contrario, cabe preguntarse qué sucedía cuando el tutor acusado resultaba declarado sospechoso. Sólo cabe imaginar dos soluciones: o bien la suspensión de funciones transitoria devenía permanente, o bien el tutor perdía su condición al ser removido del cargo. Al menos desde la época clásica la sanción en estos casos habría consistido en la remoción del cargo.

Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.4: *Praeterea si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor.*

Este fragmento se encuadra dentro de una enumeración de causas de extinción de la tutela, entre las que se cuentan la posibilidad de que el pupilo se viera inmerso en un proceso de arrogación, deportación³⁴² o esclavitud³⁴³, captura del pupilo o el tutor por parte del enemigo³⁴⁴, finalización del plazo³⁴⁵ o cumplimiento de la condición resolutive a la que se encontraba sometida la tutela³⁴⁶. De acuerdo con Ulpiano, en todos estos supuestos el tutor se veía obligado a abandonar su cargo.

³⁴⁰ Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 27.3.9.5: *Si tutori curator sit adiunctus quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suscipere, quia tutor maneret.*

³⁴¹ Trifonino, 13 *disput.*, D. 26.6.4.2: *Sed si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit ei adiungi alios, mater eos quoque petere debet et, si non petit, incidet in sententiam constitutionis.*

³⁴² Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14 pr.: *Si adrogati sunt adhuc impuberes vel deportati sint pupilli, tutores habere desinunt.*

³⁴³ Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.1: *Item si in servitatem pupillus redigatur, utique finitur tutela.*

³⁴⁴ Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.2: *Aliis quoque modis desinunt esse tutores, si forte quis ab hostibus fuerit captus vel pupillus vel tutor.*

³⁴⁵ Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.3: *Sed et si ad tempus fuerit quis datus, tempore finito tutor esse desinit.*

³⁴⁶ Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.1.14.5: *Sed et si ad certam condicionem datus sit, aequè evenit, ut desinat esse tutor existente condicione.*

Atendiendo específicamente al pasaje que estamos analizando, llama la atención la vinculación que Ulpiano traza entre los términos de *suspectus* y *remotus*, pues de su redacción parece desprenderse que la declaración de tutor sospechoso lleva aparejada la remoción del cargo. Aunque en su exposición sobre la *accusatio suspecti tutoris* a veces ambos términos se utilizan de forma indiferenciada³⁴⁷, no está claro que desde el origen de la *accusatio* presentasen un mismo significado. En este sentido, se percibe una cierta diferenciación entre las categorías de los tutores *suspectus* y *remotus*³⁴⁸. En el mismo pasaje en el que Ulpiano adelanta el orden de exposición que pretende seguir, ya se trata de forma separada por un lado el origen de la acusación y ante quiénes se puede acusar, y por otra parte se indica qué tutores podían ser removidos y por qué causas.

Aunque es posible que esta diferenciación pudiera fundamentarse en un recurso estilístico de Ulpiano, con el fin de evitar la repetición continua del término *suspectus* a lo largo de su exposición, sin embargo, también es posible que originariamente estas dos categorías estuvieran bien diferenciadas y la declaración como sospechoso no conllevase necesariamente la remoción del tutor. De este modo, se podría pensar que solo con el paso del tiempo se habría impuesto la remoción como forma habitual de sancionar a los tutores declarados sospechosos, lo que explicaría que los juristas clásicos otorgasen un tratamiento conjunto a ambos términos³⁴⁹.

En todo caso, parece indudable que al menos en época clásica la declaración de tutor sospechoso implicaba abandonar el cargo de tutor. En relación con el fragmento que estamos analizando, se utiliza la expresión “*desinit esse tutor*” para referirse a los efectos jurídicos que producía la remoción como sospechoso. Aunque no cabe dudar de su significado, resulta relevante que la expresión utilizada evoque una cierta inmediatez en las consecuencias de la remoción³⁵⁰.

³⁴⁷ A lo largo del título 26.10 del Digesto se percibe una estrecha relación entre los términos “*suspectus*” y “*remotus*”, que se refleja especialmente en los pasajes Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.1; 3; D. 26.10.3 pr.; 1; 2; 5; 8; 14; 15; Ulpiano, 1 *de omn. trib.*, D. 26.10.7.1; 3; Ulpiano, 61 *ad Ed.*, D. 26.10.8; Papiniano, 12 *quaest.*, D. 26.10.10; Julio Aquila, *resp.*, D. 26.10.12.

³⁴⁸ SOLAZZI, S., *Tutor suspectus*, en *Scritti di Diritto Romano*, vol. II (Nápoles, 1957), p. 102.

³⁴⁹ Al mismo tiempo, esta hipótesis encajaría con el hecho de que en la exposición general de Ulpiano no se recojan alusiones a la regulación arcaica de la *accusatio suspecti tutoris*, ni tampoco se mencione la opinión de otros juristas antiguos acerca de este recurso procesal.

³⁵⁰ En el próximo apartado se tratará con detenimiento el presunto carácter automático que parece derivarse de la remoción del tutor sospechoso a tenor de este fragmento, en contraposición al fragmento de las Instituciones de Gai. 1.182, en virtud del cual puede interpretarse que la pérdida efectiva del cargo de tutor sólo se producía tras la designación de un nuevo tutor por parte del magistrado.

Aclarado que la declaración como tutor sospechoso conllevaba la remoción del cargo de tutor, cabe preguntarse qué implicaba esta medida en la práctica. Obviamente la pérdida de la condición de tutor suponía que debía abandonar todas las funciones que había ostentado hasta el momento. A partir de ese instante se considera que carecen de validez jurídica todos los actos que pueda llevar a cabo el antiguo tutor por cuenta del pupilo y, en especial, las fuentes clásicas recalcan que se considera nula la interposición de la *auctoritas* del tutor removido de su cargo.

Pomponio, 17 *ad Sab.*, D. 26.8.4: (...) *et ideo puto verius esse, quod ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri: item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi.*

Siguiendo esa misma línea argumental, tampoco se podía considerar liberado al deudor que hubiera saldado su deuda con un tutor que había sido removido de su cargo. Dado que el antiguo tutor removido no tenía competencia para actuar por cuenta del pupilo, el pago recibido carecería de validez jurídica³⁵¹. Consecuentemente, el tutor tampoco respondería por los actos que pudieran perjudicar los intereses del pupilo después de su remoción. En este sentido, el nuevo tutor asumiría todos los riesgos que pudieran derivarse de una mala gestión patrimonial³⁵².

Además de perder eficacia jurídica en los actos jurídicos realizados por cuenta del que era su pupilo, la remoción del cargo también puede conllevar la exclusión de los derechos que pudieran venir aparejados al nombramiento testamentario por el que fue designado como tutor³⁵³. Se refleja en esta disposición un claro paralelismo con lo que sucedía originariamente con la *accusatio suspecti tutoris*, pues el tutor removido de su cargo perdía también su condición de heredero.

Paulo, 23 *quaest.*, D. 27.1.35: *Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit contentus, quod ceteri idonei essent? hic poterit conveniri, si ab illis res servari non potuisset. Sed hoc non quaerendum est, sed contumacia punienda est eius, qui quodammodo se excusavit. Multo magis quis dicere debebit indignum iudicio patris, qui ut suspectus remotus est a tutela.*

³⁵¹ Cfr. Ulpiano, 30 *ad Sab.*, D. 46.3.14.2.

³⁵² Cfr. Papiniano, 12 *quaest.*, D. 26.10.10.

³⁵³ Cfr. Paulo, 6 *quaest.*, D. 27.1.32-34.

Todos estos fragmentos ponen de manifiesto que la remoción del tutor, consecuencia directa de la declaración como sospechoso, implicaba la pérdida de todos los derechos y obligaciones que hasta entonces había ostentado. A partir del momento en que se emitía la sentencia inculpatória, se consideraba que ese tutor no estaba en condiciones de seguir protegiendo los intereses y debía abandonar el cargo. Parece que lo habitual era que su lugar fuera ocupado por un nuevo tutor³⁵⁴.

En estos supuestos cabría pensar que se trataría de un tutor legítimo³⁵⁵, pues de acuerdo con las normas que tradicionalmente regían la tutela, basadas en el régimen sucesorio, la delación legítima se aplicaba en defecto de la testamentaria. Así, cabe recordar que la tutela legítima se usaba en ausencia de tutor testamentario³⁵⁶ o cuando éste abandonaba el cargo a causa de su fallecimiento³⁵⁷, de la pérdida de su ciudadanía³⁵⁸ o por falta de confirmación de un nombramiento testamentario realizado irregularmente³⁵⁹.

Sin embargo, un fragmento de las Instituciones de Gayo nos informa de la publicación de un senadoconsulto en el que se establece que para los supuestos de remoción del tutor sospechoso, corresponde al magistrado correspondiente nombra un nuevo tutor. En el próximo apartado analizaremos con detenimiento el contenido de este fragmento, así como las consecuencias que se derivan del mismo.

³⁵⁴ Cfr. Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.2.11.2; Ulpiano, 38 *ad Sab.*, D. 26.4.3.8; C.I. 5.36.4 (a. 260).

³⁵⁵ SOLAZZI, S., *Tutor suspectus*, cit., p. 103.

³⁵⁶ Vid. Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.2.11 pr.; Ulpiano, 25 *ad Ed.*, D. 27.3.9.1

³⁵⁷ Vid. Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.2.11.3.

³⁵⁸ Vid. Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.2.11.4.

³⁵⁹ Vid. Paulo, 38 *ad Ed.*, D. 26.4.6; Inst. 1.15.2.

8.2. LA IMPORTANCIA DEL SENADOCONSULTO MENCIONADO EN GAI. 1.182

El problema a la hora de analizar las consecuencias que se derivan del ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* es que no disponemos de información referida a esta materia durante la época antigua. Ante la ausencia de testimonios, la mayor parte de la doctrina ha tendido a buscar acomodo a sus teorías en la promulgación de un senadoconsulto al que se refieren varias fuentes de origen clásico. La primera y más importante de esas alusiones se recoge en las Instituciones de Gayo.

Gayo 1.182: *Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.*

Pero además, las *Tit. Ulp.* 11.23 también parecen referirse al pronunciamiento de un texto senatorial con relación a esta materia.

Tit. Ulp. 11.23: *Hoc amplius senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela submotus fuerit vel etiam iusta de causa excusatus, in locum eius tutor alius detur.*

Ambos fragmentos presentan un contenido similar, pues afirman que el Senado dispuso que se designase un nuevo tutor para los casos en los que el anterior hubiera sido removido como sospechoso o hubiera alegado una *excusatio*. De acuerdo con esta regulación, durante la época clásica no se acudiría a la delación *ab intestato* para llevar a cabo la sustitución, sino que el magistrado debería ocuparse de designar un nuevo tutor que ocupase el cargo del tutor *remotus*.

Sin embargo, los textos no aportan más detalles sobre este senadoconsulto. Únicamente aluden a una disposición emanada por el Senado romano, sin precisar fechas concretas o aportar algún otro elemento histórico que pudiera servirnos de referencia para situar la época de su promulgación. De este modo, tan sólo podemos asegurar que su aparición es posterior al surgimiento de la tutela dativa³⁶⁰ y anterior a la muerte del emperador Antonino Pío en el año 161 d.C., pues sabemos que Gayo redacta el primer volumen de sus Instituciones en vida de este emperador.

³⁶⁰ Situada convencionalmente en torno al año 210 a.C., *vid. supra* capítulo VI apartado 1.4.

De forma indiciaria sí podemos apuntar que desde comienzos del Principado el Senado se encargó de las funciones legislativas que antiguamente habían desempeñado las asambleas populares. Y dado que el Senado no estaba facultado para aprobar leyes, la práctica jurídica terminó por asimilar los senadoconsultos a las antiguas leyes³⁶¹. Como consecuencia de todo ello, los senadoconsultos se multiplicaron durante la época clásica y posibilitaron la reforma del *ius civile*³⁶².

Sin embargo, la atención de la doctrina se ha centrado en la noción de *tutor remotus* que refleja Gayo. De acuerdo con su testimonio, la pérdida del cargo de tutor no se producía cuando el tutor era removido de su cargo o se excusaba del mismo, sino que era una consecuencia del nombramiento de un nuevo tutor. Este es el sentido que se pretende transmitir al colocar la expresión “*quo facto prior tutor amittit tutelam*” al final de la frase, tras haberse referido a la remoción o *excusatio* del tutor.

Esta antigua interpretación doctrinal contempla una división del texto gayano en tres escalones claramente diferenciados. En primer lugar, se aludía a las dos principales causas que determinaban la destitución del tutor, es decir, se hacía referencia tanto a la *remotio* como a la *excusatio* del tutor; a continuación se indicaba que en esos supuestos se procedía a nombrar un nuevo tutor; y, por último, el fragmento concluía señalando que ese nombramiento implicaba que el antiguo tutor perdía la tutela. Se trataría de una redacción en cascada, pues la *remotio* o la *excusatio* del tutor son la causa última del nombramiento del nuevo tutor, designación que a su vez justifica que el antiguo tutor pierda la tutela que había venido ocupando hasta entonces.

Aceptar esta interpretación implicaría que antes del senadoconsulto la remoción del tutor como sospechoso no conllevaría el abandono del cargo. Sobre la base de esta interpretación, buena parte de la doctrina considera que durante la época antigua el tutor declarado culpable en un procedimiento de *accusatio suspecti tutoris* tan sólo podía ser suspendido de sus funciones administrativas. Desde este punto de vista, la remoción del cargo de tutor se contempla como una idea moderna, incompatible con la originaria inamovilidad de las primeras formas tutelares³⁶³.

³⁶¹ Gai. 1.4: *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis [de ea re] fuerit quaesitum.*

³⁶² SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts* (Múnich, 1934), pp. 7 ss.

³⁶³ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 48 ss.

Pernice fue el primer romanista encargado de desarrollar una teoría explicativa de las consecuencias de la *accusatio suspecti tutoris* en relación con la interpretación del texto de Gayo que hemos referido antes³⁶⁴. Desde su punto de vista, la originaria tutela testamentaria se podía equiparar al poder de un *pater familias* e incluso a la *potestas* que ostentaban los magistrados republicanos. De esta forma, se trataría de cargos inamovibles, pues que el antiguo ordenamiento jurídico romano no contemplaba procedimientos para destituir a estas figuras potestativas.

Este autor mantiene que durante la época antigua no había posibilidad de destituir al tutor, sino que la máxima sanción en un proceso de *accusatio suspecti tutoris* podía consistir en una suspensión de sus funciones gestoras³⁶⁵. Y recalca que el fragmento de Gayo confirma su teoría al establecer que la destitución no radicaba en la resolución del procedimiento de acusación del tutor sospechoso, sino que ésta dependía del nuevo nombramiento de tutor que realizase el magistrado.

En general, la mayor parte de la doctrina ha acogido esta teoría, aunque los postulados iniciales de Pernice han sido matizados con el tiempo. La mayoría de autores ha mantenido que originariamente la *accusatio suspecti tutoris* tan sólo conducía a una suspensión de las labores del tutor, pero consideran posible que existiese algún tipo de mecanismo para forzar al tutor a abandonar su cargo³⁶⁶. Sin embargo, no resulta sencillo imaginar cómo podría articularse esa vía, pues en general se considera que el *ius tutelae* tan sólo podía desaparecer mediante la *abdicatione tutelae* del tutor.

En este sentido, se tiende a utilizar como argumento otro fragmento recogido en las *Ulpiani Regulae*, en el que se indica que en el supuesto de que el tutor testamentario sufriera una *capitis deminutio* no perdería la tutela, pero que en el caso de abdicar sí abandonaría el cargo, porque abdicar significa querer dejar de ser tutor³⁶⁷.

³⁶⁴ PERNICE, A., *Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. II (Halle, 1873), p. 185.

³⁶⁵ En contra de esta postura se pronuncia HRUZA, E., *Über das lege agere pro tutela* (Erlangen, 1887), pp. 69 ss., quién mantiene que el órgano judicial declaraba sospechoso al tutor acusado y, posteriormente, el magistrado podía decretar su remoción definitiva del cargo.

³⁶⁶ En este sentido se manifiestan BONFANTE, P., *Corso I*, cit., pp. 615 ss.; LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 48 ss.; SOLAZZI, S., *Istituti tutelari*, cit., pp. 226 ss.; VOLTERRA, E., *Istituzioni*, cit., pp. 105; VOICI, P., *Manuale*, cit., p. 271 nt. 32.

³⁶⁷ Como se pone de manifiesto en *Tit. Ulp. 11.17: Si capite diminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor. "Abdicare" autem est dicere, nolle se tutorem esse; in iure cedere autem tutelam testamento datus non potest; nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.*

Sin duda, esta interpretación presenta la ventaja de conciliar la concepción potestativa de la tutela primitiva con el objetivo que buscaba la acusación del tutor sospechoso, esto es, evitar que el tutor infiel pudiera seguir perjudicando los intereses patrimoniales del pupilo. Sin embargo, la imposibilidad de obligar al tutor a abandonar su cargo supondría que no se podría nombrar a otra persona como tutor mientras el anterior no decidiera renunciar a su condición³⁶⁸. En consecuencia, la resolución del procedimiento dejaría al pupilo sin un tutor en la práctica.

Con el fin de salvar esta importante objeción, los defensores de esta postura doctrinal han señalado que si bien en época antigua no parecen existir mecanismos jurídicos para remover al tutor de su cargo, existirían otras vías de hecho para conseguir ese resultado. En general, estos autores defienden la existencia de una cierta presión social sobre el tutor condenado como sospechoso, con base en la cuál éste se vería obligado moralmente a hacer uso de la *abdicatione tutelae*³⁶⁹.

No obstante, resulta una argumentación ciertamente endeble. No resulta factible que la comunidad romana ejerciese, con base en una pretendida fuerza moral inmanente en toda la colectividad, una coacción indirecta sobre un tutor que había desempeñado su labor en un ámbito estrictamente familiar. Por otra parte, aceptar esta teoría supondría reconocer la debilidad de la *accusatio suspecti tutoris*, pues su eficacia dependería en última instancia de la voluntad del tutor deshonesto. Esta solución resulta totalmente inasumible incluso para la época romana más primitiva.

Consciente de la flaqueza de esta teoría, Laprat propuso una solución alternativa. Desde su punto de vista, en el supuesto de que un tutor que había sido declarado sospechoso se negase a renunciar a su cargo voluntariamente, la situación podía arreglarse acudiendo al nombramiento de un cotutor³⁷⁰. De esta forma se respetaría la naturaleza inamovible del tutor originario, al tiempo que se aseguraría la existencia de un nuevo cotutor que se encargase de gestionar las labores del pupilo en lugar del anterior tutor que había sido vaciado de sus competencias.

³⁶⁸ Esta idea aparece expresada en las fuentes romanas bajo la máxima “*tutorem habenti tutor dari non potest*” (Trifonino, *14 disput.*, D. 26.2.27), *vid.* SOLAZZI, S., «Sulla regola: *Tutorem habenti tutor dari non potest*», en *RIL*, 52 (1919), pp. 227-238.

³⁶⁹ KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., pp. 283 ss.

³⁷⁰ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 53-54.

Aunque la propuesta presenta una solución original, no puede ser aceptada para la época antigua, pues el nombramiento de ese nuevo tutor por parte del magistrado supondría concebir la tutela como una institución de carácter asistencial, cuando en ese período todavía mantiene un marcado carácter potestativo.

En todo caso, todas estas interpretaciones implican que el senadoconsulto constituiría un punto de inflexión en la evolución de las consecuencias jurídicas que conlleva la *accusatio suspecti tutoris*. Antes de la promulgación del senadoconsulto, el pretor sólo estaría facultado para suspender de sus funciones administrativas al tutor en el caso de que finalmente decretase su condición de sospechoso. Sin embargo, los defensores de esta interpretación de Gayo 1.182 consideran que la disposición senatorial sí habría permitido la remoción del tutor sospechoso³⁷¹. Ahora bien, esta remoción sólo tendría lugar como consecuencia de la designación del nuevo tutor.

Si el senadoconsulto hubiera tenido por objeto modificar las consecuencias de la *accusatio suspecti tutoris*, Gayo habría recalcado ese cambio de forma más evidente. Pero aun suponiendo que la sanción pudiera ser la suspensión de sus funciones, el texto de Gayo 1.182 señala expresamente que el senadoconsulto afectaba a los tutores removidos como sospechosos. Y en este sentido, no se conocen casos en los que las fuentes utilicen el término “*remotus*”³⁷² para referirse a la suspensión de funciones administrativas del tutor³⁷³.

Sorprende que *Tit. Ulp.* 11.23, que alude al mismo senadoconsulto, ni siquiera mencione la última declaración contenida en el pasaje gayano. No cabe duda de que la expresión resulta absolutamente determinante a la hora de valorar el texto. Tal y como ha llegado hasta nosotros, se entiende que tiene un valor consecutivo respecto a la frase anterior, es decir, se entiende que el tutor sospechoso pierde la tutela como consecuencia del nombramiento del nuevo tutor por parte del magistrado. Sin esa última matización, el fragmento tendría un sentido completamente distinto.

³⁷¹ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 318 ss.

³⁷² El término *remotus* proviene del verbo latino *removere*. Este vocablo se compone del prefijo “*re-*”, que indica regreso a una situación anterior, y el verbo “*movere*” que puede traducirse como agitar o apartar. De hecho, se cree que su origen radica en la raíz indoeuropea “*meuə-*”, cuyo significado alude a la idea de apartar o retirar a algo o alguien de un determinado lugar en el que se encuentra establecido. *Vid.* POKORNY, J., *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*, cit., p. 743, entrada 1310.

³⁷³ Ya hemos aludido anteriormente al supuesto del pródigo al que se prohíbe la administración de sus propios bienes en virtud de una disposición de la ley de las XII Tablas. En ese caso, el término utilizado es *interdicitur*, que resulta mucho más adecuado que *remotus*, *vid.* XII Tab. 5.7c.

La relevancia de la frase supone que, cuando menos, *Tit. Ulp.* 11.23 debería haberse referido a la misma, incluso aunque se considerase que esta regulación había quedado superada. Sin embargo, los autores de esta obra no utilizaron la expresión de Gayo al referirse a este asunto. Por esa razón, nos vemos inclinados a aceptar la propuesta de Solazzi, quién considera que la expresión “*quo facto prior tutor amittit tutelam*” se trataría de una adición posterior insertada de forma incorrecta en el texto³⁷⁴. Con esta expresión no se pretendería dar a entender que el tutor anterior perdía la tutela como consecuencia del nombramiento del nuevo tutor, sino que esa pérdida sería el resultado de la remoción o la *excusatio* del antiguo tutor.

Aunque las glosas de Solazzi a las instituciones de Gayo han quedado superadas con el paso del tiempo, una valoración precavida del fragmento gayano si permitiría admitir esta interpretación. Desde esta perspectiva, podemos compartir que el texto alude a dos causas, *remotio* y *excusatio* del tutor, y dos consecuencias, el nombramiento del nuevo tutor y la pérdida de la tutela. Sin embargo, frente a la consideración tradicional de que las consecuencias se encuentran vinculadas, nosotros consideramos que se complementan, de manera que cuando se removía a un tutor como sospechoso, este abandonaba la tutela y se nombraba a otro en su lugar.

Cabría, no obstante, preguntarse qué sentido habría tenido la promulgación de un senadoconsulto que, en esencia, no alteraba las consecuencias derivadas que podían derivarse de la *accusatio suspecti tutoris*. Y a esto debemos contestar que es cierto que el senadoconsulto no implicaba una sanción distinta de la que anteriormente se venía aplicando al tutor declarado como sospechoso, sino que se trata de una regulación en consonancia con la nueva concepción de la tutela como *munus publicum*.

Como hemos señalado, desde finales del período republicano surgió un mayor interés social por la protección de los menores desamparados. Ante la disgregación de los grupos familiares, la autoridad pública desarrolló la denominada tutela dativa como mecanismo de carácter asistencial. En contraposición a las antiguas tutelas, esta nueva modalidad ya no respondía a unas expectativas hereditarias, sino que se concebía como un *munus publicum* que pretendía proteger al pupilo.

³⁷⁴ SOLAZZI, S., «Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di *Gai.* 1.182», en *Scritti di Diritto Romano V* (Nápoles, 1972), p. 150, señala que la expresión “*quo facto prior tutor amittit tutelam*” es un glosema marginal de la versión veronesa de las Instituciones de Gayo y que debía haber sido insertada antes de “*in locum eius alius tutor detur*”.

Sin embargo, esta transformación ya venía produciéndose desde mucho antes y, desde luego, con anterioridad a la promulgación del senadoconsulto al que se referían Gayo y *Tit. Ulp.* 11.23. Por ese motivo, no parece que esta disposición tuviera como fin regular los efectos jurídicos que producía la *remotio tutoris*, sino que más bien recogía una regulación innovadora para un supuesto de *datio tutoris* que suponía una ruptura con la máxima de “*tutorem habenti tutor dari non potest*”³⁷⁵.

Esta idea se refuerza por el hecho de que el fragmento de Gayo se encuentra inserto en un apartado de sus Instituciones donde el jurista alude a diversos supuestos sobre nombramientos de tutores dativos para casos especiales. Desde Gai. 1.173 a 1.184 se recogen diversos casos en los que se puede pedir la designación de un tutor dativo para situaciones excepcionales y, a continuación, las Instituciones aluden a las condiciones que deben cumplirse de ordinario para que se pueda solicitar la designación de un tutor dativo de acuerdo con la *lex Atilia*³⁷⁶.

Este es el caso del senadoconsulto, pues además de recalcar que tanto en los supuestos de remoción como en los de *excusatio* del tutor se designaba un nuevo tutor para que se encargase de los asuntos pupilares, se trata de un supuesto de *datio tutoris*. De esta forma, el senadoconsulto no buscaba cambiar las consecuencias derivadas de la remoción, sino que su importancia radica en determinar que el nuevo tutor que ocupase el cargo debía ser nombrado por el magistrado correspondiente. Frente a la regulación tradicional que acudía a la delación *ab intestato* para cubrir el cargo de tutor vacante, el senadoconsulto otorga ahora prevalencia al tutor dativo.

Esta regulación resulta acorde con la concepción asistencial de la tutela, pues es natural que después de la mala experiencia del antiguo tutor testamentario sospechoso se prefiera escoger a un tutor dativo con la precaución que conlleva la previa *inquisitio* por parte del magistrado, antes que a un tutor legítimo en virtud de su parentesco con el pupilo³⁷⁷. Esta preferencia del tutor dativo, que supone una transformación con respecto a la tradicional forma de designar tutores para los impúberes desamparados, se verá posteriormente reflejada en diversas fuentes de época clásica.

³⁷⁵ PEROZZI, S., *Istituzioni*, cit., p. 57.

³⁷⁶ Gai. 1.185-188.

³⁷⁷ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 227-228, considera que este senadoconsulto pone de manifiesto la existencia de un movimiento contrario a la tutela legítima, pues en época clásica se concibe como una designación injusta y plagada de intereses.

En este sentido se pronuncia Ulpiano para el caso de que el tutor testamentario decida excusarse del cargo:

Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.2.11.1: *Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam.*

Pero también para aquellos casos en que haya sido removido como sospechoso:

Ulpiano, 37 *ad Sab.*, D. 26.2.11.2: *Idem dicimus et si fuerit remotus: nam et hic idcirco abit, ut alius detur.*

Ideas que vuelven a repetirse, en esta ocasión tomando la respuesta de Marcelo como punto de referencia, cuando el jurista se pregunta si un nieto puede hacerse cargo de la tutela de la que se excusó o fue removido su padre.

Ulpiano, 38 *ad Sab.*, D. 26.4.3.8: *Quaeri potest, si patroni filius sit remotus vel excusatus, an nepoti tutela deferatur. Et Marcellus in ea sententia est, ut succedi non posse scribat: idcirco enim abierunt tutela, ut alii in locum eorum dentur, non ut successio admittatur.*

De lo expuesto se concluye que si bien el senadoconsulto mencionado en los escritos de Gayo y *Tit. Ulp.* 11.23 no trataba acerca de las consecuencias jurídicas que se derivaban de la *accusatio suspecti tutoris*, resulta un importante punto de apoyo para poder entender la evolución que se produce en este ámbito. La disposición confirma que, a diferencia de lo que ocurría en época antigua, durante el período clásico el tutor podía ser removido con la sola intervención del pretor.

8.3. UNA CONDENA DE CARÁCTER INFAMANTE

Además de la sanción principal, encaminada a impedir que el tutor sospechoso pudiera seguir perjudicando los intereses del pupilo, la *accusatio suspecti tutoris* llevaba aparejada una pena accesoria por infamia³⁷⁸. Como es sabido, se trata de un concepto cuyo reconocimiento público implicaba una fuerte desacreditación social³⁷⁹, que solía venir acompañada de algún tipo de limitación en el ámbito jurídico.

Originariamente la noción de infamia aparece ligada a los hábitos y costumbres de la sociedad romana arcaica. De hecho, tenemos constancia de que durante la época antigua ya se utilizaban diversos términos para referirse a la falta o menoscabo del honor o la dignidad personal³⁸⁰. Con el tiempo, esa consideración jurídica se vincula a sanciones penales procedentes del ámbito delictual en las que se haya observado un comportamiento especialmente indigno por parte del individuo condenado.

El problema radica en determinar la evolución jurídica de un concepto que presentaba un origen puramente social, y en consecuencia ambiguo, como era la falta de honor o dignidad personal³⁸¹; pero que posteriormente termina desembocando en una institución técnica que sancionaba jurídicamente esos comportamientos deshonorosos³⁸² y, en nuestro caso, cómo se articulaba en relación con la *accusatio suspecti tutoris*.

³⁷⁸ Así se expone claramente a lo largo de toda la obra justiniana en los títulos *de suspectis tutoribus et curatoribus* (D. 26.10; C.I. 5.43; Inst. 1.26), y en otros pasajes de la compilación (Ulpiano, 9 *ad Ed.*, D. 3.3.39.7; Trifonino, 14 *disput.*, D. 27.2.6; C.I. 5.51.13.1 (a. 530)).

³⁷⁹ El término infamia procede etimológicamente de la unión entre el prefijo privativo “in” y la palabra “fama”, que proviene del verbo “fari”. Por tanto, el concepto de infame hace referencia a aquella persona que no puede hablar. Sin embargo, a diferencia del “infans”, la imposibilidad de hablar no se debe a que el sujeto no se encuentre suficientemente desarrollado físicamente, sino a que su capacidad jurídica se encuentra limitada jurídicamente por razones de su mala reputación social.

³⁸⁰ CAMACHO, F., *La infamia en el Derecho Romano* (Alicante, 1997), pp. 33 ss. analiza la importancia del honor y la estima social en la antigua Roma. En este sentido, destaca que las fuentes romanas utilizaban expresiones como *integra dignitas*, *fama* o *extimatio* para referirse al honor y prestigio social de un sujeto. Al mismo tiempo, la ausencia de honor o dignidad también podía expresarse a través de distintos términos como *improbis intestabilis*, *ignominia*, *turpitud* o *infamia*.

³⁸¹ CAMACHO, F., *La infamia en el Derecho Romano* (Alicante, 1997), p. 20 nt. 5 y pp. 25-29, explica que la doctrina se divide entre, por un lado, los defensores de una conexión directa entre la infamia y los antiguos *mores maiorum*, *vid.* SAVIGNY, F. K., *System des heutigen römischen Rechts* (Berlín, 1840), pp. 177 ss.; y, por otra parte, aquellos que consideran que la infamia aparece ligada al ámbito delictual y su represión penal, *vid.* MOMMSEN, T., *Römischen Strafrecht* (Leipzig, 1899), pp. 986 ss.; LENEL, O., *Das Edictum perpetuum* (Leipzig, 1927), pp. 77 ss.; LEVY, E., «Zur Infamie in römische Strafrecht», en *Gesammelte Schriften*, vol. 2 (Colonia-Graz, 1963), pp. 509-526.; BRASIELLO, U., *La represione penale in diritto romano* (Nápoles, 1937), pp. 152 ss., 347 ss. y 506 ss.

³⁸² KASER, M., «Infamia und ignominia in den romischen Rechtsquellen», en *ZSS*, 73 (1956), pp. 220 ss.

El origen de la sanción jurídica parece estar vinculada a la censura, magistratura creada en torno al año 443 a.C.³⁸³ con el fin de velar por el cumplimiento de las virtudes tradicionales de la sociedad romana³⁸⁴. Si bien la función principal de los censores consistía en elaborar el censo de ciudadanos, estos magistrados ostentaban la facultad de imponer la denominada nota censoria a aquellos ciudadanos romanos que hubieran realizado determinadas actuaciones deshonrosas o no cumplieran con alguna de las principales obligaciones moralmente exigibles³⁸⁵.

La decisión de declarar infame a un ciudadano a través de la nota censoria no estaba regulada originariamente, de forma que el censor contaba con una amplísima libertad de apreciación para inquirir acerca tanto de la vida pública como privada de los censados y, si lo consideraba conveniente³⁸⁶, imponer una nota censoria que llevaba aparejados graves efectos sociales, políticos y jurídicos. De esta forma, el censor aparecía como un garante de la moral pública romana (*cura morum*)³⁸⁷.

No obstante, no parece que se pueda hablar de infamia en sentido estricto, pues durante la época antigua ésta se percibía como una descalificación social, desligada del ámbito jurídico. Sin embargo, la nota censoria sí presentaba una serie de efectos jurídicos, aunque restringidos al ámbito del derecho público, como eran la imposibilidad de acceder a distintas magistraturas o al Senado romano³⁸⁸. Por este motivo, las fuentes de época clásica³⁸⁹ no emplean el término infamia, sino que hablan de ignominia.

³⁸³ Habitualmente se acepta el testimonio de Livio sobre la aparición de la censura en el año 310 desde la creación de Roma (4.7 y 4.8). Sin embargo, la exactitud de la fecha ha sido discutida, *vid.* VIÑAS, A., *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República* (Madrid, 2007), pp. 157-158.

³⁸⁴ *Cfr.* Cic., *de leg.*, 3.3.7.

³⁸⁵ Liv. 4.8.2: *...mores diciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatui equitumque centuriis decoris dedecorisque discriminem sub ditione eius magistratus.*

³⁸⁶ Esta primera etapa se caracterizaba por la enorme discrecionalidad otorgada al censor, que incluso podía llegar a imponer la nota censoria en atención a la opinión pública. Al respecto, Cicerón recuerda un caso en el que la nota censoria se impone sobre la base de rumores populares, *pro Cluentio* C.45, C.47: *Verum omnes intellegimus in istis subscriptionibus ventum quendam popularem esse quaesitum... ex tota ista subscriptione rumorem quendam et plausum popularem esse quaesitum.*

³⁸⁷ DE MARTINO, F., *Storia economica di Roma antica*, cit., p. 276, destaca que en la práctica la tarea de los censores en este ámbito habría consistido en elevar antiguos principios y reglas de origen puramente moral a la categoría de verdaderas obligaciones.

³⁸⁸ Cicerón, *de leg.* 3.3.7: *Censores mores populi regunt; probum in senatu ne relinquo.*

³⁸⁹ Como acertadamente destaca CAMACHO, F., *La infamia en el Derecho Romano* (Alicante, 1997), pp. 38-39, el término *ignominia* es frecuentemente utilizado también por autores de la época clásica como Cicerón (*de rep.*, 4.6.6; *pro Quinctio* 15.49; *pro Cluent.* 42.119), Gayo (Gai. 2.154; 4.60; 4.182) o Papiniano (D. 3.2.20, D. 50.1.15 pr.; D.50.2.50).

El término ignominia procede etimológicamente de la unión entre el prefijo privativo “in” - que deriva en el prefijo “ig” al comenzar la palabra determinante por “n” - y del vocablo “nomen”. Se refiere, por tanto, a la privación del buen nombre o pérdida de la dignidad personal que puede producirse como consecuencia de la nota emitida por el censor o por la expulsión deshonrosa del ejército³⁹⁰.

El carácter ignominioso de la nota censoria tenía una vigencia limitada a la duración del mandato del magistrado que la había impuesto, aunque luego podía ser ratificada por su sucesor en el cargo³⁹¹. La calificación quedaba en manos del censor, que decidía de forma discrecional cuando la conducta de un ciudadano se consideraba deshonesto, indigna o vulneraba los valores moralmente exigibles³⁹².

Con el tiempo, la actividad de los censores se amplió al ámbito de las relaciones privadas, con la finalidad de velar por el cumplimiento de la antigua *fides*³⁹³, quedando la nota censoria asociada a la condena por ciertos delitos. No se trataba todavía de una calificación de infamia en sentido estricto, sino que la nota censoria se extendía también a aquellos sujetos condenados en ciertos *iudicia publica* o en juicios privados en los que se estimaba que el condenado había quebrantado la *fides*³⁹⁴.

Entre estos últimos casos es muy posible que desde la época antigua se contasen también supuestos relacionados con el ámbito de la tutela. De hecho, en las instituciones de Gayo se recoge un elenco de los juicios en los que el condenado resultaba tachado con la nota de ignominia. Junto al hurto, el arrebatamiento de bienes con violencia, las injurias, los delitos en el contrato de sociedad, fiducia, mandato y depósito, también se alude a los juicios en materia tutelar.

³⁹⁰ La compilación de Justiniano recoge numerosos pasajes en los que se recuerda la utilización de la ignominia como fórmula de degradación en el ámbito militar: D. 3.2.2.2; D. 27.1.8.9; D. 47.17.3; D. 48.19.38; D. 49.16.4.6 y 7; C.I. 12.35.3 y 7 (a. xxx).

³⁹¹ Esto explica que Cicerón se preguntase acerca de la duración de los efectos de la nota censoria y los calificase como inciertos. Cfr. Cic., *pro Cluent.* 47: *et si uterque censor censoris opinione standum non putavit, quid est quam ob rem quisquam nostrum censorias subscriptiones omnes fixas et in perpetuum ratas putet esse oportere?*

³⁹² Liv. 41.27.13: *moribus quoque regendis diligens et seuera censura fuit.*

³⁹³ Numerosos textos literarios de finales de la época republicana recogen casos de imposición de la nota censoria por falta de honradez en las relaciones privadas. CAMACHO, F., *La infamia en el Derecho Romano*, cit., pp. 61-62, recopila un elenco de fuentes con distintos supuestos en los que el censor sanciona conductas deshonestas producidas en un ámbito estrictamente privado.

³⁹⁴ Gell., *Noct. Att.* 5.13.2: *Conveniebat autem facile constabatque ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelaeque nostrae credits.*

Gai. 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut ui bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte. Plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur.*

En la misma línea, diversos pasajes de la compilación de Justiniano recuerdan los juicios en los que la condena llevaba aparejada la nota de infamia³⁹⁵. La exposición de los supuestos que generan infamia es prácticamente idéntica a la que se recogía en las instituciones de Gayo³⁹⁶, hasta el punto de que incluso se habría respetado el orden de enumeración de los supuestos enunciados.

Esto nos lleva a considerar que posiblemente tanto Gayo como los compiladores justinianeos habrían tomado como referencia la relación de casos que aparecía recogida en el Edicto del pretor. Con respecto a la materia tutelar, todo parece apuntar a que la acción infamante recogida en el Edicto era la *accusatio suspecti tutoris*, pues diversas fuentes la califican expresamente como una *actio famosa*.

Frag. Vat. 340b: (...) item ait si suspectus tutor postuletur, defensorem eius oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare quod actum est. Sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur, quoniam famosa causa est, nisi constet ei a tutore mandatum nominatim.

Ulpiano, 39 *ad Ed.*, D. 3.3.39.7: (...) *Sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur, quoniam famae causa est, nisi constet ei a tutore mandatum nominatim, aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, praetor erat cogniturus.*

³⁹⁵ Cfr. Juliano, 1 *ad Ed.*, D. 3.2.1; Inst. 4.16.2.

³⁹⁶ D'ORS, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalitas: Scritti in onore di A. Guarino*, 6 (Nápoles, 1984), pp. 2575 ss., explica de manera muy convincente las causas que motivaron tanto la inclusión de la *actio de dolo*, como la exclusión de la *actio pro socio* en estos preceptos.

Esto implicaría que los tutores condenados como sospechosos serían removidos del cargo y además deberían hacer frente a las consecuencias jurídicas que se derivaban de su condición de sujetos tachados con la nota de infamia. Esta calificación implicaba notables restricciones en el ámbito familiar, testamentario y la imposibilidad de actuar como representante procesal en un litigio. Los infames o ignominiosos tenían vetada la capacidad de postular o defender en juicio a terceras personas.

Ahora bien, parece que estas gravísimas consecuencias tenían sentido en origen, cuando la *accusatio suspecti tutoris* únicamente podía dirigirse contra tutores infieles que hubieran actuado dolosamente. La ruptura de la *fides* justificaba la imposición de sanciones que no solo conllevarían un grave descrédito social, sino que en la práctica suponían la exclusión de la vida jurídica y comercial en Roma. Sin embargo, antes hemos indicado que con el paso del tiempo este recurso procesal habría extendido su alcance más allá de los comportamientos dolosos.

Durante la época clásica se podía perseguir como sospechosos a los tutores que llevasen a cabo conductas culposas y, posteriormente, también a quienes mantuvieran comportamientos negligentes o incluso malos hábitos como eran la desidia, la impericia, la pereza, la rusticidad o la ineptitud del tutor³⁹⁷. Si bien parece claro que en estos casos el tutor debía ser removido del cargo para evitar que pudiera perjudicar los intereses del pupilo, resulta menos evidente que no habiéndose constatado mala intencionalidad en sus conductas tuviera que sufrir las consecuencias de la infamia.

Por ese motivo, Ulpiano recuerda que el magistrado encargado de la remoción debía destacar en su decreto cuáles eran las causas que motivaban la remoción, con la finalidad de conocer si la condena tenía carácter infamante.

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.4 pr.-3: *Hae enim causae faciunt, ut integra existimatione tutela vel cura quis abeat. 1. Decreto igitur debet causa removendi significari, ut appareat de existimatione. 2. Quid ergo si non significaverit causam remotionis decreto suo? papinianus ait debuisse dici hunc integrae esse famae, et est verum. 3. Si praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse.*

³⁹⁷ Vid. *supra* capítulo VIII apartado 3.1.

En consecuencia, las fuentes recalcan que la remoción del tutor sospechoso no siempre comportaba la infamia³⁹⁸. Esta distinción se vincula a la terminología utilizada por los compiladores, que suelen hablar de *crimen suspecti tutoris* cuando se trata de supuestos en los que el tutor ha actuado dolosamente y recibe una sanción infamante; mientras que utilizaban la expresión *delictum* cuando el comportamiento es culposos y, por tanto, el tutor no merece ser tachado como infame.

Además de los casos en que el tutor no había obrado dolosamente, las fuentes también dan noticia de otros supuestos en los que se buscaba salvaguardar la reputación del tutor sospechoso. En ciertos casos, ni siquiera se procedía a la remoción del mismo, sino que se acudía a cauces que permitieran proteger los intereses del pupilo al tiempo que no menoscabasen la figura de su antiguo tutor. Así, a veces se admitía agregar un nuevo cotutor en lugar de decretar la remoción del antiguo tutor³⁹⁹.

Toda esta regulación permite concluir que durante la época clásica se establece una regulación restrictiva sobre la imposición de la nota de infamia. La gravedad de esta sanción exigía una serie de requisitos para proceder a su aplicación. En primer lugar, era necesario que el magistrado decretase la remoción, pues no cabría aplicar la infamia a casos en los que se adjuntaba otro cotutor o un curador. Pero, por otra parte, la remoción debía fundamentarse en una conducta dolosa, pues los comportamientos culposos o meramente negligentes no podían conllevar infamia. Y en tercer lugar, se exigía que el decreto aludiera a la causa fraudulenta que justificaba la nota de infamia.

³⁹⁸ Cfr. C.I. 5.42.2 pr. (a. 260); C.I. 5.43.9 (a. 294); Inst. 1.26.6.

³⁹⁹ Cfr. Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.18; Modestino, *l.S. de heuremat.*, D. 26.10.9; Trifonino, 14 *disput.*, D. 27.2.6.

8.4. LA REMISIÓN ANTE EL *PRAEFECTUS URBI*

Cuando un tutor era acusado por llevar a cabo comportamientos fraudulentos que se consideraba que perjudicaban de una forma especialmente grave los intereses del pupilo, además de ser removido del cargo como sospechoso y tachado con la nota de infamia, cabía la posibilidad de que también se le impusieran penas corporales como sanción adicional de carácter criminal. La aplicación de estas medidas tan excepcionales recaía en la figura del *praefectus urbi*.

Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.8: *Si quis de plebeis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud praetorem accusatus, remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus.*

El cargo de *praefectus urbi*, que apenas nada tiene en común con los magistrados que ostentaron esa misma denominación en época antigua, fue instituido por Augusto, a iniciativa de Mecenas⁴⁰⁰, dentro de la reorganización administrativa impulsada desde comienzos del nuevo régimen del Principado⁴⁰¹. Se trataba de un cargo únicamente accesible a personas del orden senatorial, cuyo nombramiento por parte del emperador suponía la culminación de la carrera política.

Aunque originariamente sus funciones se limitaban al ámbito de la tutela y la curatela, con el tiempo habría visto expandirse sus facultades hasta llegar a hacerse cargo de nuevas competencias⁴⁰² relacionadas con el mantenimiento de la paz y el orden en la ciudad de Roma. Para el desempeño de estas funciones contaba con el mando de las cuatro cohortes urbanas, compuestas por numerosos *milites stationarii*, que se distribuían por toda la ciudad.

Ulpiano, *l.S. de off. praef. urb.*, D. 1.12.1.12: *Quies quoque popularium et disciplina spectaculorum ad praefecti urbi curam pertinere videtur: et sane debet etiam dispositos milites stationarios habere ad tuendam popularium quietem et ad referendum sibi quid ubi agatur.*

⁴⁰⁰ Sueton., *Augusto* 37.

⁴⁰¹ No debe confundirse con el cargo que, a pesar de compartir la misma denominación, existía en roma desde la época monárquica y se encargaba de dirigir la ciudad en ausencia del rey. *Vid.* Liv. 1.59.12; 3.24; Dionis. Cass. 2.1.12; Tacit., *Annales* 6.12.

⁴⁰² VITUCCI, G., *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale* (Roma, 1956), pp. 9 ss., destaca que la atribución de nuevas competencias se produce durante los siglos I y II d.C.

En relación a sus potestades jurisdiccionales, su competencia se encontraba ligada desde un principio a sus obligaciones de mantener el orden en Roma y sus alrededores⁴⁰³, con lo que se centraba en el ámbito criminal⁴⁰⁴. Sin embargo, con el paso del tiempo sus competencias se ampliaron a la esfera del derecho privado, aunque siempre vinculadas a cuestiones de orden público.

Dentro de esas competencias del ámbito del derecho privado se encuadra la facultad de castigar a aquellos tutores condenados como sospechosos por haber realizado comportamientos de especial gravedad. A lo largo de toda la compilación de Justiniano se recogen los casos más relevantes⁴⁰⁵:

1. Comparecen ante el *praefectus urbi* aquellos tutores que corrompieron a los subalternos del magistrado que se encargaba de inquirir a los candidatos a tutor antes de su nombramiento definitivo⁴⁰⁶.
2. También aquellos tutores que se negaban a prestar alimentos a sus pupilos alegando razones de pobreza, que luego se demuestra que eran falsas⁴⁰⁷.
3. Asimismo los tutores que no velaron por los intereses patrimoniales del pupilo, al no invertir sus bienes disponibles en inmuebles ni depositarlos hasta que aparezca una opción de compra razonable⁴⁰⁸.
4. También es castigado por el *praefectus urbi* el tutor que despilfarra el patrimonio pupilar de forma fraudulenta⁴⁰⁹.
5. Se considera también especialmente grave el supuesto de administración desleal por parte del tutor, cuando éste era el liberto del padre o abuelo del pupilo⁴¹⁰.

⁴⁰³ El *praefectus urbi* se encargaba de conocer los *crimina* cometidos en la ciudad de Roma y en un radio de cien millas, *vid.* Ulpiano, *l.S. de off. praef. Urb.*, D.1.12.1.4: *Initio eiusdem epistulae ita scriptum est: "cum urbem nostram fidei tuae commiserimus": quidquid igitur intra urbem admittitur, ad praefectum urbi videtur pertinere. sed et si quid intra centensimum miliarium admissum sit, ad praefectum urbi pertinet: si ultra ipsum lapidem, egressum est praefecti urbi notionem.*

⁴⁰⁴ Aunque originariamente sus competencias estaban ligadas al antiguo procedimiento de las *quaestiones*, el *praefectus urbi* fue desplazando progresivamente al pretor urbano, hasta que en el siglo III d.C. aparece como el único cargo competente en materia criminal en toda la península itálica (Ulpiano, *l.S. de off. praef. urb.*, D. 1.12.1 pr.).

⁴⁰⁵ LAPRAT, R., *Le crimen suspecti tutoris*, cit., pp. 323-324.

⁴⁰⁶ Ulpiano, *l.S. de off. praef. Urb.*, D. 1.12.17; Marciano, 3 *inst.*, D. 26.1.9.

⁴⁰⁷ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.15.

⁴⁰⁸ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.16; C. I. 5.37.4 (a. 213).

⁴⁰⁹ *Vid supra.* Marciano, 3 *inst.*, D. 26.1.9; Ulpiano, 5 *opin.*, D. 27.9.9.

⁴¹⁰ Ulpiano, 1 *de omn. trib.*, D. 26.10.2.

En todos estos casos el tutor condenado como sospechoso recibía una sanción de carácter extraordinario, determinada de manera discrecional por el *praefectus urbi* a través del procedimiento cognitorio. Si bien no conocemos con precisión cuáles eran las penas que se imponían a los tutores fraudulentos, sabemos que la naturaleza de la pena variaba en función de la condición personal del tutor.

En este sentido, las fuentes establecen que debía remitirse al tutor sospechoso ante el *praefectus urbi* cuando las actuaciones enjuiciadas habían sido graves y el tutor ostentaba la condición de plebeyo, o cuando se trataba de un liberto que había cometido fraude en la administración de la tutela de los hijos de su patrono.

Ulpiano, *1 de omn. trib.*, D. 26.10.2: *Libertus quoque si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus.*

Por último, cabe destacar que un pasaje de Ulpiano alude a la posibilidad de que fueran encerrados en las cárceles públicas los tutores que se considerasen sospechosos⁴¹¹. Sin embargo, no parece que se tratase de una sanción en sentido estricto, sino que más bien se alude a la prisión como una medida preventiva para asegurar la comparecencia del tutor sospechoso el día del juicio y, de esa forma, evitar cualquier tentativa de incomparecencia.

⁴¹¹ Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.16: *Qui pecuniam ad praediorum emptionem conferre neque pecuniam deponere pervicaciter perstant, quoad emptionis occasio inveniatur, vinculis publicis iubentur contineri, et insuper pro suspectis habentur. sed sciendum est non omnes hac severitate debere tractari, sed utique humiliores: ceterum eos, qui sunt in aliqua dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere.*

A MODO DE RECAPITULACIÓN

A lo largo de este último capítulo nos hemos ocupado de analizar las principales características de la *accusatio suspecti tutoris*. Al igual que habíamos procedido en el caso de la *actio rationibus distrahendis*, nuestro análisis ha partido de una recopilación de todas las fuentes que se han conservado en relación con el origen, la naturaleza y la articulación procesal de esta acción. En términos generales, casi toda la información disponible puede agruparse en torno a tres grandes bloques.

En primer lugar contamos con doce fragmentos recogidos en el título 26.10 del Digesto bajo la rúbrica “*De suspecti tutoribus et curatoribus*”, que en su mayor parte proceden de la obra de Ulpiano. Junto a estos textos jurisprudenciales también se han conservado hasta nueve rescriptos del siglo III d.C. en el Código de Justiniano (5.43). Por último, cabe destacar que las Instituciones de Justiniano contienen una exposición resumida del resto de fuentes relativas a la *accusatio suspecti tutoris* contempladas en las otras partes de la compilación mencionadas anteriormente.

Una vez establecidas las bases textuales, debíamos establecer una estructura para analizar sistemáticamente todos los aspectos de este recurso procesal. Para ello hemos utilizado el mismo plan de trabajo enunciado por Ulpiano al comienzo del título 35 de sus comentarios al edicto⁴¹²: comienza abordando el origen de la acción, luego se ocupa de la competencia jurisdiccional para conocer estos procesos, se refiere a los tutores que podía ser acusados como sospechosos, los posibles acusadores, las causas para ejercitar la acción y la pena impuesta a los tutores condenados.

Por lo tanto, nuestra atención debía centrarse primero en el origen de esta acción. A este respecto, Ulpiano afirma taxativamente que “*Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*”⁴¹³. Aunque la mayor parte de la doctrina considera que esta afirmación demuestra que la acción estaría contemplada en la ley de las XII Tablas, la forma verbal empleada por el jurista suscita ciertas dudas. Como hemos señalado, la reiterada utilización del verbo *descendere* en los escritos de Ulpiano parece vincularse a una cierta noción de procedencia originaria.

⁴¹² Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.1.

⁴¹³ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.2.

Desde esta perspectiva, cuando Ulpiano afirma que la *accusatio suspecti tutoris* descendía de las XII Tablas, en realidad no estaría afirmando que esta acción estuviera contemplada expresamente en alguna de sus disposiciones, sino que la acción provenía, en última instancia, de la ley decenviral.

Sin embargo, en contra de esta interpretación se puede alegar el testimonio de Cicerón acerca de la represión del *dolus malus* en las XII Tablas⁴¹⁴. De acuerdo con las conclusiones obtenidas en el capítulo anterior, parece que esta afirmación hacía alusión tanto a la *actio rationibus distrahendis* como a la *accusatio suspecti tutoris*, aunque no se pueden descartar otras posibilidades.

A nuestro juicio, el principal inconveniente para aceptar que esta acción pudiera estar contemplada en el tenor literal de las XII Tablas radicaría en el hecho de que no concordaría con la evolución de la institución tutelar que hemos venido trazando en los capítulos anteriores. De acuerdo con nuestra reconstrucción, la única forma tutelar que se conocía en época decenviral se concebía como una potestad inamovible deferida en favor de los parientes agnados del pupilo. Dado que la *accusatio suspecti tutoris* tenía como finalidad remover al tutor del cargo, habría resultado completamente incompatible con esa primera modalidad tutelar.

Sobre la base de ese impedimento hemos conjeturado la hipótesis de que en un primer momento se hubiera podido remover de la administración a los tutores legítimos que resultaban condenados por actuar fraudulentamente. De esta forma, cuando apareció una nueva modalidad tutelar que no presentaba carácter inamovible, como es el caso de la tutela testamentaria, se habría desarrollado una acción, la *accusatio suspecti tutoris*, para remover a los tutores sospechosos del cargo.

Siguiendo con nuestra interpretación, dado que este nuevo recurso procesal se habría estructurado sobre la base de esa antigua sanción decenviral, se entiende que Ulpiano afirmase que esta acción descendía de las XII Tablas. De esta forma parece que podría concluirse que a pesar de que el origen de la *accusatio suspecti tutoris* se situaría en la ley de las XII Tablas, esta acción nunca estuvo contemplada en ninguna de las disposiciones decenvirales, sino que aparece con posterioridad, como resultado de la labor de la jurisprudencia postdecenviral.

⁴¹⁴ Vid. *supra* Cic., *de off.* 3.15.61.

Tras haber analizado el origen de la *accusatio suspecti tutoris*, luego nos hemos ocupado de las causas que motivaban el ejercicio de esta acción. A partir nuevamente de un testimonio de Ulpiano⁴¹⁵, hemos observado que este recurso procesal se utilizaba para perseguir una amplísima variedad de comportamientos dolosos que hubiera realizado el tutor en el desempeño de sus funciones.

Desde nuestro punto de vista ha resultado especialmente ilustrativo que tanto la denominación de la acción como los propios tutores sean calificados como sospechosos, por lo que hemos indagado sobre el significado de ese término. En las fuentes romanas este término aparece siempre vinculado a personas, bienes o conductas que se desvían de la *fides* que debía observarse en una actuación. En consecuencia, creemos que el uso de una expresión tan genérica pretendía abarcar cualquier tipo de conducta fraudulenta que el tutor pudiera realizar durante el desempeño de su cargo.

No obstante, a medida que la institución tutelar evoluciona en sentido asistencial se observa que las causas que motivaban el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* se extienden a otros comportamientos culposos, negligentes o en los que simplemente se apreciaba algún riesgo para los intereses del pupilo. Como consecuencia de esta nueva concepción, la casuística recogida en las fuentes de época clásica es enorme.

En todo caso, no cabe duda de que desde sus mismos orígenes se habría tratado de una acción de naturaleza penal. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía con la *actio rationibus distrahendis*, no parece claro que se tratase de un recurso encaminado a sancionar conductas delictuales. Por el contrario, existen motivos de peso para pensar que podría tratarse de una acción criminal. A este respecto, Ulpiano califica en diversas ocasiones a esta acción como un *crimen* y, gracias a la información contemplada en las fuentes de época clásica sabemos que su procedimiento guardaba notables similitudes con el procedimiento criminal ordinario.

Ahora bien, no se trata de argumentos definitivos, pues se puede replicar que no solo en otros fragmentos Ulpiano también se refería a esta acción como un *delictum*, sino que además algunos de sus rasgos también eran compatibles con procesos privados y, desde luego, la pena impuesta a los tutores condenados como sospechosos no podría equipararse a las graves sanciones asociadas a los *crimina*.

⁴¹⁵ Vid. *supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.3.5.

A la vista de estas incertidumbres, resulta ciertamente complicado determinar si se trataba de una acción penal de carácter delictual o criminal. Por ese motivo, creemos más prudente hacer referencia, como mantiene parte de la doctrina, a una cierta acción de naturaleza mixta en la que se combinaban algunos elementos de carácter criminal con otros de naturaleza puramente privatística.

En el cuarto apartado de este capítulo hemos abordado la cuestión acerca de qué tipo de procedimiento se habría utilizado para sustanciar procesos de *accusatio suspecti tutoris*. Como la inmensa mayoría de los textos que se han conservado proceden de la época clásica, hemos considerado oportuno comenzar indagando a partir de ese período histórico para conocer primero su regulación final y posteriormente entrar a analizar cómo se habría articulado el procedimiento en época antigua.

De acuerdo con el análisis de las fuentes, parece evidente que el procedimiento comenzaría con la presentación de una *postulatio* en la que el demandante solicitaba al magistrado que le autorizase poder acusar al tutor sospechoso. La aceptación de esta acusación conllevaría la suspensión de las funciones del tutor acusado, dando lugar al nombramiento de otro tutor interino. Estando ambas partes presentes ante el magistrado, el proceso continuaría con una fase de alegaciones, posteriormente se procedería a la práctica de las pruebas y finalmente el proceso terminaría con la emisión de un decreto en el que se indicase la inocencia o culpabilidad del acusado.

Este decreto presentaba el mismo valor jurídico que una sentencia, pues también constituía una manifestación de naturaleza autoritaria con eficacia normativa para sus destinatarios. Si se declaraba la inocencia del acusado, este regresaba a sus funciones como tutor y podía dirigirse contra el acusador calumnioso. Sin embargo, en los casos en que fuera declarado culpable, se procedía a la remoción definitiva del cargo tutelar, que además podía venir acompañada de otras medidas sancionatorias.

Una vez conocidas las principales etapas del procedimiento que se aplicaría en los supuestos de *accusatio suspecti tutoris* en época clásica, podemos concluir que se trataría de un procedimiento de cognición extraordinaria, en la medida en que se resolvería en una única instancia ante un magistrado que desempeñaría un notable protagonismo en la tramitación del litigio. Sin embargo, apenas tenemos noticia de cómo se resolvían estos procesos en época antigua.

Estas circunstancias exigen mostrarse cauteloso a la hora de plantear una posible reconstrucción del proceso empleado en época antigua. Conociendo la naturaleza penal de nuestra acción, parece que lo más conveniente sería analizar los tres grandes ámbitos en los que se distribuye la represión penal republicana: la *coercitio* de los magistrados, la persecución privada de los delitos y los juicios populares.

La primera de las tres hipótesis propuestas pasa por considerar que este tipo de procesos se habrían sustanciado a través de una *cognitio* pretoria. Sobre la base de las potestades fundamentadas en el *imperium* de los magistrados, hemos considerado más que probable que la decisión acerca de la culpabilidad del tutor acusado pudiera haber adoptado la forma de los antiguos interdictos.

En apoyo de esta teoría cabe aducir que los interdictos se empleaban en época antigua para resolver controversias que no admitían dilación. Entre estos casos parece que podrían contarse los supuestos de acusación de tutor sospechoso, pues todo retraso suponía un riesgo evidente para el patrimonio pupilar. Por otra parte, tenemos noticia de que una disposición decenviral utilizaba la forma verbal “*interdicere*” para prohibir que cualquier persona que fuese declarada incapacitada a causa de su prodigalidad pudiera seguir al frente de la administración de sus propios bienes⁴¹⁶.

Frente a estos paralelismos se puede oponer, no obstante, el hecho de que en las fuentes clásicas nunca aparezca el término *interdictum*, pues para referirse a la decisión del magistrado se utiliza siempre el vocablo *decretum*. Sin embargo, tras haber realizado un análisis de la evolución de ambos términos en la historia jurídica romana parece que se puede entrever un cierto acercamiento de los interdictos hacia las formas decretales. En consecuencia, hemos determinado que es posible que la *accusatio suspecti tutoris* hubiera pasado de tramitarse originariamente a través de un interdicto a resolverse en época clásica bajo la forma de un decreto.

En todo caso parece claro que proceso se resolvería en una sola instancia ante un solo magistrado facultado de *imperium*, lo que concuerda con la forma de resolver el procedimiento en época clásica. Aunque hemos señalado que la tramitación a través de esta *cognitio* pretoria es la hipótesis más probable para la época antigua, no parece que puedan descartarse sin más el resto de posibilidades.

⁴¹⁶ Vid. *supra* XII Tab. 5.7c (Ulpiano, *1 ad Sab.*, D. 27.10.1 pr.; *Tit. Ulp.* 12.2).

Por ese motivo, a continuación nos hemos ocupado de la versión alternativa que consideramos más razonable. Ciertamente la mayor dificultad a la que se enfrenta la hipótesis de la *cognitio* pretoria pasa por aceptar que una decisión de tanta trascendencia jurídica y social como era la remoción de un tutor durante la época antigua, que suponía nada menos que alterar el orden sucesorio de un grupo familiar, se pudiera sustentar en la decisión de un único magistrado.

A tenor de la antigüedad de la *accusatio suspecti tutoris* hemos planteado que se pudiera haber tramitado conforme al sistema procesal de las *legis actiones*. No obstante, esta hipótesis presenta notables inconvenientes, pues incluso aceptando que la persona que litigaba en defensa del pupilo actuaba como “*quasi pupilli defensorem*”⁴¹⁷, todavía resultaría ciertamente complicado encuadrar el ejercicio de esta acción en alguno de los cinco modos de litigar que se utilizaban originariamente.

Como resultado de un proceso de descarte parece que esta acción sólo podría plantearse a través de la *legis actio per sacramentum*, pero ni en su versión real ni en su versión personal cabe realmente imaginar cómo podría ejercitarse, ni se podría explicar en qué consistiría el objeto de la apuesta sacramental. Desde nuestro punto de vista, la única posibilidad pasa por considerar que la acusación como tutor sospechoso pudiera ser considerada una controversia sobre materia hereditaria, pues en el fondo afectaba a los derechos sucesorios de la comunidad familiar.

Siguiendo con esta interpretación, una vez admitida la acusación por parte del magistrado, el vindicante reclamaría para sí mismo la herencia y, consecuentemente, el cargo de tutor. Frente a esta reclamación, el sujeto acusado como sospechoso debería efectuar la misma declaración solemne de pertenencia sobre la herencia. Ahora bien, esta contradicción procesal no se refería estrictamente al derecho de propiedad sobre la herencia, sino a las causas que fundamentaban ambas afirmaciones vindicatorias.

Sin embargo, no disponemos de información sobre cómo debían resolverse estos litigios, más allá de que parece lógico que una vez se hubieran establecido los términos de la controversia se procediera a la declaración del carácter *iustum* o *iniustum* de los respectivos *sacramenta*, lo que de manera indirecta suponía determinar a cuál de las partes correspondía la herencia y el título de tutor.

⁴¹⁷ Vid. *supra* Ulpiano D. 49.4.1.14.

Por otro lado, hemos apuntado que dado el antiquísimo origen de la *accusatio suspecti tutoris*, es posible que inicialmente estos procedimientos se resolvieran antes de que se instaurase la llamada bipartición procesal. De esta forma, los primeros supuestos de acusación del tutor sospechoso se podrían haber resuelto en una única instancia, pero a diferencia de lo que sostiene la mayor parte de la doctrina, hemos planteado que el proceso pudiera haber sido conocido por un órgano de carácter popular.

Esta tarea podría haber correspondido al denominado tribunal de los *centumviri*, que se ocupaba de cuestiones hereditarias. A este respecto, Cicerón recuerda que se empleaba la *legis actio per sacramentum in rem*⁴¹⁸, aunque también se podía recurrir a la *sponsio praeiudicialis*. Posiblemente se trataba de un recurso procesal que mezclaba un elemento real con otro personal, pues su origen parece remontarse a la fusión entre la antigua *legis actio per sacramentum* y el expediente del *agere per sponsionem*, que se utilizaba ante el tribunal de los *centumviri*.

El procedimiento debería comenzar con la interposición de la *accusatio* ante el pretor, que procedería a realizar una *causae cognitio*. En aquellos supuestos en los que se estimase que había motivos para pensar que el tutor se había comportado de manera fraudulenta, podría procederse a la suspensión de sus funciones administrativas, pero en ningún caso a la remoción del cargo. Como hemos señalado anteriormente, parece que una decisión de tanta trascendencia para la continuidad del grupo familiar no podría resolverse tan rápidamente ante un órgano unipersonal.

Por ese motivo resulta imprescindible acudir al complejo procedimiento de la *actio per sponsionem*: el tutor suspendido de sus funciones debería realizar una *sponsio praeiudicialis* sobre la legitimidad del derecho de tutela adquirido por vía testamentaria por parte del tutor. Una vez establecidas las bases del litigio, éste versaría acerca de si las conductas del tutor acusado merecerían ser calificadas como fraudulentas y, en consecuencia, cabría imponer la correspondiente sanción al tutor sospechoso.

Esta decisión debería ser impuesta por el mismo órgano jurisdiccional que había conocido inicialmente el proceso, que, dada la trascendencia social y religiosa que implicaba la decisión, no podría sino tratarse de un órgano de naturaleza popular.

⁴¹⁸ Vid. *supra* Cic., in Verr. 2.1.45.115.

Pese a que no puede descartarse que la *accusatio suspecti tutoris* se articulase en época antigua conforme al sistema de las *legis actiones*, seguimos considerando más probable que esta clase de procesos se resolvieran a través de alguno de los recursos fundados en el *imperium* de un magistrado. Esta interpretación no solo concuerda mejor con la *cognitio* magistratual que se aplicaba en época clásica, sino que además aportaba mayor eficacia a la hora de resolver procesos que, dada la gravedad de la acusación, debían ser solventados con la mayor celeridad posible.

Por último, nos hemos ocupado, de forma muy sucinta, de la posibilidad de que los supuestos sancionados a través de la *accusatio suspecti tutoris* pudieran considerarse comportamientos criminales y, en consecuencia, se persiguieran a través de un proceso criminal de naturaleza popular. Sin embargo, las enormes dificultades que entrañaría un procedimiento de estas características no concuerda, de ninguna manera, con los rasgos que caracterizaban a las acusaciones contra los tutores sospechosos.

Como colofón de este cuarto apartado nos hemos ocupado de la hipótesis sobre la existencia de una modalidad procesal conocida entre los tratadistas modernos como “*remotio simple*”. A partir de dos estudios publicados por Taubenschlag y Solazzi se ha planteado que junto a la *postulatio suspecti*, en un momento difícil de precisar durante el período clásico, habría surgido también la posibilidad de remover al tutor sospechoso de su cargo sin necesidad de interponer una *postulatio*.

De acuerdo con los defensores de esta interpretación, la aparición de este nuevo procedimiento simplificado vendría propiciada por las restricciones que originariamente se encontraban asociadas a la *accusatio suspecti tutoris*. A través de la “*remotio simple*” se habría extendido el ejercicio de esta acción a otros supuestos en los que no hubiera mediado dolo. De esta forma se posibilitaba que pudiera removerse a tutores que, sin necesidad de haberse comportado fraudulentamente en el desempeño de sus funciones, hubieran puesto en riesgo los intereses patrimoniales del pupilo.

De esta forma, se consideraba que existían dos vertientes procesales distintas, y por tanto, que se podía remover al tutor sin necesidad de *accusatio* previa. Sin embargo, las fuentes parecen indicar que la diferenciación entre el tutor destituido por actuaciones de tipo fraudulento y el tutor removido por su negligencia o ineptitud no se basaba en la utilización de cauces procedimentales distintos, sino únicamente en la aplicación de la nota de infamia cuando el tutor se había comportado dolosamente.

Con el tiempo, los principales impulsores de esta interpretación moderaron sus conclusiones originales, hasta el punto de que en la actualidad apenas cuenta con apoyo por parte de la doctrina. Desde nuestro punto de vista, tampoco creemos que llegase a existir un procedimiento abreviado de estas características. La confusión que se refleja en las fuentes más bien parece deberse a un posible cambio en la forma de sustanciar o sancionar estos procesos que a la aparición de otro cauce procedimental.

De acuerdo con la reconstrucción histórica que hemos trazado de esta acción, únicamente se puede hablar de la existencia de la *accusatio suspecti tutoris* a partir de la aparición de la tutela testamentaria. Sin embargo, este recurso procesal se habría basado en la regulación de una sanción contemplada en las XII Tablas. A este respecto hemos señalado que los primeros tutores, de carácter inamovible, podían ser removidos de la administración tutelar si cometían actuaciones fraudulentas.

Pues bien, es posible que esta sanción originaria se rescatase en época clásica, de modo que el proceso de la *accusatio suspecti tutoris* comenzaría con una *postulatio*, pero podría concluir de dos formas distintas: con la remoción del tutor o con la suspensión de sus funciones como administrador. Mientras que la remoción se aplicaría de forma ordinaria, la suspensión se habría utilizado para sancionar los supuestos de menor gravedad que no merecían un reproche tan grave.

Una vez analizadas las distintas posibilidades procedimentales a través de las que podrían haberse sustanciado las acusaciones contra el tutor sospechoso, nuestra atención se ha centrado en los órganos jurisdiccionales competentes para conocer estos procesos. De acuerdo con Ulpiano⁴¹⁹, esta facultad se determinaba en función a criterios territoriales, de forma que habría correspondido a los pretores en Roma y a los gobernadores en territorio provincial.

Con respecto a los pretores, sin embargo, no sabemos si Ulpiano se refería al pretor urbano o al denominado *praetor tutelarius*. Originariamente parece claro que la competencia habría correspondido al pretor urbano, pero a medida que se desarrolla la administración imperial surgen cargos especializados para ocuparse de materias concretas como es el caso del *praetor tutelarius*. Ahora bien, no está claro que gozase de competencias jurisdiccionales.

⁴¹⁹ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.3.

Al frente de estos territorios provinciales se situaba un gobernador provincial o *praeses*, quien ostentaba facultades en el ámbito político, militar y jurisdiccional. Entre estas últimas se contaría, a tenor del testimonio de Ulpiano, la potestad para conocer aquellos supuestos de acusación a tutores fraudulentos que se produjeron dentro de su jurisdicción provincial. Sin embargo, es posible que compartieran estas facultades jurisdiccionales con otros magistrados menores.

En relación con los territorios provinciales hemos planteado la posibilidad de que los magistrados municipales pudieran conocer de los procesos de *accusatio suspecti tutoris* en sus localidades. Aunque el texto de Ulpiano no se pronuncia al respecto, parece que desde finales del período republicano, y desde luego en época imperial, se habría reconocido a los magistrados municipales, tanto de los municipios itálicos como de los hispanos, la facultad para nombrar tutores dativos.

Resulta razonable pensar que si estos magistrados ostentaban competencia para nombrar tutores, también pudieran removerlos. En apoyo de esta interpretación cabe destacar que la *lex Irnitana* 84, que hacía referencia a los límites jurisdiccionales de los magistrados municipales tanto por razón de la materia como por razón de la cuantía, ofrece una amplia facultad a las partes para que, en caso de sobrepasar tales límites, acuerden voluntariamente someterse a la jurisdicción del magistrado municipal, sin necesidad de acudir al pretor en Roma o al gobernador provincial.

En apoyo de la posible competencia de los magistrados municipales hemos hecho referencia a la posibilidad de delegar competencias jurisdiccionales. De acuerdo con el testimonio de Ulpiano⁴²⁰, en virtud de un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, se entendía que si un magistrado delegaba toda su jurisdicción, también delegaba su competencia en materia de acusación de tutores sospechosos.

Ahora bien, parece que esa competencia podía ser delegada específicamente desde mucho antes, pues Macer recuerda que esa medida podía adoptarse “*propter utilitatem pupillorum*”⁴²¹, es decir, con el fin de que ningún menor sometido a tutela tuviera que seguir sufriendo lo perjuicios derivados de la mala administración de su tutor debido a dilaciones en el procedimiento de remoción del mismo.

⁴²⁰ Vid. *supra* Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.4.

⁴²¹ Vid. *supra* Macer, 1 *de off. praesid.*, D. 1.21.4 pr.

El quinto apartado de este capítulo termina haciendo referencia a los órganos que eventualmente se habrían ocupado de sustanciar los procesos de *accusatio suspecti tutoris* durante la época antigua. Nuestro estudio se ha planteado en función de los tres escenarios procedimentales analizados en el apartado anterior.

En primer lugar hemos considerado la opción que considerábamos más probable, esto es, que las acusaciones contra los tutores sospechosos se resolvieran a través de un *decretum* emitido por un magistrado dotado de *imperium*. Originariamente esta facultad habría correspondido a los cónsules, hasta que en el año 367 a.C. sus competencias en materia jurisdiccional fueron conferidas a los pretores. Estos se habrían hecho cargo de los procesos de acusación de tutores sospechosos de forma exclusiva hasta que con el paso del tiempo se reconocieron competencias jurisdiccionales tanto a otros magistrados territoriales como a otros magistrados especializados en materia tutelar.

Como alternativa a la *cognitio* pretoria, en el apartado anterior hemos planteado la posibilidad de que estos procesos fueran conocidos por algún órgano colegiado que representase la voluntad popular. Como habíamos apuntado anteriormente, esta facultad podría haber recaído sobre el tribunal de los *centumviri*, que principalmente se ocupaba de dirimir controversias relacionadas con el ámbito sucesorio.

No obstante, a tenor de la exégesis de un texto de Cicerón⁴²² hemos concluido que este tribunal también podía conocer acerca de otras materias distintas, siempre que estas estuvieran vinculadas a una causa principal sobre asuntos hereditarios. Entre estos supuestos cabría pensar en la *accusatio suspecti tutoris*, pues en el fondo la remoción del tutor suponía alterar el orden sucesorio determinado por el causante.

Al enjuiciar la posibilidad de remover al tutor del cargo, realmente los miembros del tribunal ponían en tela de juicio la designación testamentaria. Por ese motivo hemos considerado que esta actuación puede considerarse, en cierta medida, una anticipación de la facultad inquisidora reconocida a los magistrados de época clásica para realizar la confirmación de ciertos tutores. En este sentido, el tribunal centunviral procedería a la remoción del tutor sospechoso siempre que detectase algún comportamiento fraudulento que se interpretase que, de haber sido conocido por el causante, habría conllevado una modificación de su voluntad testamentaria.

⁴²² Vid. *supra* Cic., *de orat.* 1.38.173.

Por último, hemos finalizado este apartado señalando que en el improbable caso de que las acusaciones contra los tutores sospechosos se hubieran sustanciado a través de un procedimiento criminal, la competencia correspondería a magistrados menores como los ediles, los cuestores, los *duumviri perduellionis*, los tribunos o los ediles de la plebe. No obstante, esta posibilidad es prácticamente descartable.

Seguidamente nuestra atención se ha centrado en determinar el momento en que podía ejercitarse la *accusatio suspecti tutoris*. De acuerdo con un fragmento de Ulpiano los tutores podían ser removidos del cargo si se constataba alguna actuación fraudulenta una vez alcanzado la condición de tutor⁴²³. Esto supone que el ejercicio de la acusación estaba circunscrito al período de tiempo en que estuviera vigente la tutela, de tal forma que una vez finalizada esta solo se podía ejercitar la *actio tutelae*⁴²⁴.

Sin embargo, las fuentes de época clásica no se precisa cuando se alcanzaba la condición de tutor, pues por un lado se indicaba que tenía lugar en el momento en que se comenzaban a desempeñar las funciones tutelares⁴²⁵, pero en otro fragmento extraído de la misma obra de Ulpiano⁴²⁶ se afirmaba que en aquellos casos en que el tutor no compareciera para hacerse cargo de sus funciones, primero debía ser requerido por el pretor mediante un edicto, pudiendo posteriormente ser removido como sospechoso si se mantenía en situación de incomparecencia.

Desde nuestro punto de vista, esta cuestión solo puede resolverse atendiendo a un fragmento de las Instituciones de Justiniano⁴²⁷. El texto comienza señalando que, de acuerdo con Juliano, debía considerarse sospechoso al tutor que no desempeñaba con fidelidad el cargo tutelar. Ahora bien, el texto aporta una novedad decisiva, pues matiza que el propio Juliano aceptaba que el tutor pudiera ser removido del cargo incluso antes de que hubiera comenzado a desempeñar sus funciones. Sobre la base de esta solución, hemos planteado que este jurista habría podido plantear una ampliación del alcance de la *accusatio suspecti tutoris* a supuestos de tutores que ni siquiera hubieran llegado a gestionar el patrimonio pupilar, frente a la posición de otros juristas que abogaban por respetar la regulación tradicional.

⁴²³ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.3.5.

⁴²⁴ Vid. *supra* C.I. 5.43.1 (a. 212).

⁴²⁵ Vid. *supra* Ulpiano, 1 de omn. trib., D. 26.10.4.4.

⁴²⁶ Vid. *supra* Ulpiano, 1 de omn. trib., D. 26.10.7.3.

⁴²⁷ Vid. *supra* Inst. 1.26.5.

De este modo, resultarían comprensibles las reticencias de Ulpiano a la hora de aceptar esta innovación jurisprudencial. Consecuentemente, habría preferido referirse a la regulación tradicional, recogida en D. 26.10.4.4 como si fuera una norma general, matizando que en contadas ocasiones se admitiría también la posibilidad de remover como sospechoso al tutor que todavía no había comenzado la gestión. Sin embargo, con el tiempo esta posibilidad se habría ido aplicando con más frecuencia, de manera que los emperadores posteriores a Ulpiano se habrían decantado por la propuesta de un jurista de la talla y personalidad jurídica de Juliano.

Aclarado este extremo, nuestra atención se ha centrado en los tutores que podían ser acusados como sospechosos. Sobre esta cuestión también tenemos constancia de un fragmento de Ulpiano⁴²⁸ en el que comienza afirmando que la *accusatio suspecti tutoris* podía dirigirse contra toda clase de tutores, pero luego especifica que podían tratarse de tutores testamentarios o de otro tipo y, todavía termina apostillando que esta acusación también se admitía contra los tutores legítimos.

A primera vista resulta sorprendente esa reiteración, cuando en primera instancia ya se había puntualizado que podía acusarse a toda clase de tutores. Por estos motivos, la mayor parte de la doctrina tradicional ha considerado que se trataba de un fragmento interpolado. Sin embargo, las explicaciones aportadas para sustentar esta interpretación no resultan especialmente convincentes.

Rechazando la posibilidad de una interpolación, solo cabe pensar que se trataba de la redacción original de Ulpiano. Partiendo de esa premisa, hemos intentado explicar los motivos que habrían dado lugar a esa formulación. De acuerdo con el tenor literal del texto parece fuera de toda duda que el jurista reconocía una estrecha vinculación entre esta acción y la tutela testamentaria, pero que posteriormente su alcance se habría ampliado al resto de las modalidades tutelares.

Conforme a nuestra reconstrucción del origen de la *accusatio suspecti tutoris*, en su momento indicamos que esta acción posiblemente procedía, en última instancia, de una disposición decenviral que sancionaba a los tutores legítimos con la remoción de la administración del cargo. Sin embargo, la acción como tal no habría surgido hasta la aparición de la tutela testamentaria en época postdecenviral.

⁴²⁸ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.5.

Consecuentemente, en un primer momento la *accusatio suspecti tutoris* solo se habría ejercitado contra los tutores testamentarios. Evidentemente nunca habría podido utilizarse contra los tutores legítimos, pues su nombramiento tenía carácter inamovible, pero sí podría haberse empelado contra tutores testamentarios que administraban los bienes del pupilo dolosamente. Ahora bien, si esta acción surgió para remover a tutores fraudulentos desde el momento en que se comenzó a administrar el patrimonio pupilar de una forma habitual, tiene aún mayor sentido que se aplicase contra aquellos tutores que tenían la obligación de gestionar activamente esos bienes.

Por ese motivo, parece lógico que también se ejercitase contra los tutores dativos que habían sido nombrados desde los poderes públicos. Máxime cuando sabemos que la acción vinculada a esta modalidad tutelar, la *actio tutelae*, solo se ejercitaba una vez que hubiera finalizado la tutela. Por lo tanto, en un segundo estadio se podría haber usado contra tutores testamentarios y otra clase de tutores.

Sin embargo, sabemos que durante la época clásica la institución tutelar tiende a unificar su régimen jurídico. Se toma como referencia la más moderna regulación de la tutela dativa, pero es posible que algunos instrumentos jurídicos que ya se aplicaban a la tutela dativa se generalizasen para toda clase de tutelas. Entre ellos estaría la *accusatio suspecti tutoris*, que en un momento difícil de precisar también se extiende sobre una desdibujada tutela legítima de carácter esencialmente asistencial.

Esta posible reconstrucción parece encajar con el testimonio de Ulpiano, pues en realidad la evolución de la *accusatio suspecti tutoris* habría pasado por tres etapas bien diferenciadas: en un primer momento solo se habría podido ejercitar contra los tutores testamentarios, luego también contra los dativos y, por último, se habría aceptado que se utilizase también contra los tutores legítimos.

Con respecto a los sujetos legitimados para interponer esta acusación contra los tutores sospechosos, Ulpiano señala que la *accusatio suspecti tutoris* era una acción “*quasi publicam*”⁴²⁹, que se encontraba expedita para todos. Con esta expresión parece que quería dar a entender que se trataba de una acción popular, pues en ese mismo texto apostilla que “*hoc est omnibus patere*”. No obstante, hemos estimado oportuno realizar ciertas puntualizaciones sobre la afirmación del jurista.

⁴²⁹ Vid. *supra* Ulpiano, 35 ad Ed., D. 26.10.1.6 (= Inst. 1.26.3).

Un recorrido por los principales trabajos doctrinales en torno al significado de las acciones populares romanas pone de manifiesto que estas no recibían tal calificación por el interés que pretendían tutelar, sino que más bien atendían a la condición del sujeto que podía ejercitar la acción. El demandante estaba facultado para interponer la acción popular en cuanto que pertenecía a una comunidad, incluso aunque defendiera un interés particular, que debía coincidir con un interés común.

Según las características de la *accusatio suspecti tutoris* que hemos señalado a lo largo de este capítulo, sabemos que vulneraba el derecho de un particular, afectaba a un interés de cierta trascendencia pública como era la tutela, se resolvía a través de cauces procesales de naturaleza esencialmente privatística y no podemos olvidar que Ulpiano la calificaba como una acción “*quasi publicam*” ejercitable por todos.

Sin embargo, estas similitudes no parecen suficientes para catalogarla como una verdadera acción popular. En realidad, esta acción no protege ningún interés colectivo, ni pretende que se aplique una sanción pecuniaria sobre el sujeto condenado y ni tan siquiera se deriva ningún beneficio para el acusador. Por el contrario, su finalidad es que se declare como sospechoso al tutor que ha vulnerado los intereses del pupilo y, como mucho, del resto de familiares que podían llegar a heredar ese patrimonio.

De todo ello se concluye que si bien la *accusatio suspecti tutoris* presentaba evidentes rasgos de popularidad desde su articulación primigenia, no puede encuadrarse sin más en la categoría general de las acciones populares. En realidad, presenta una serie de características propias y tan sólo se puede considerar una acción popular en tanto en cuanto el derecho para impulsar la acusación es general. Por ese motivo, se explica que un jurista de la talla de Ulpiano prefiriese utilizar la expresión “*quasi publicam*” para referirse a la *accusatio suspecti tutoris*.

De acuerdo con esta conclusión, parece que desde los mismos orígenes de la *accusatio suspecti tutoris* se habría admitido que esta acción pudiera ser ejercitada por casi cualquier ciudadano. Ahora bien, dado que las primeras formas tutelares se habrían desenvuelto en un ámbito estrictamente familiar, resulta razonable pensar que fueran los parientes y conocidos más cercanos al pupilo quienes se encargasen de vigilar al tutor y, consecuentemente, también serían ellos los más interesados en ejercitar esta acción si observaban alguna actuación fraudulenta.

No obstante, a medida que la institución tutelar deviene en un *munus publicum*, que puede recaer sobre extraños al grupo familiar del pupilo, cabe suponer que también el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* se ampliaría a otras personas. Puesto que el pupilo no estaba capacitado para defenderse por sí mismo, el ordenamiento jurídico romano establecía la posibilidad de que casi cualquier ciudadano ejercitase la acusación en defensa de los intereses del menor. Desde esta perspectiva, se puede entender que el sujeto acusador fuese calificado como “*quasi pupilli defensorem*”.

Solo desde esta perspectiva proteccionista de los intereses del menor sometido a tutela se puede entender la enorme amplitud de la legitimación activa en los procesos de acusación del tutor sospechoso. Con esta finalidad incluso se posibilita la acusación de personas como las mujeres, los libertos o las personas tachadas con la nota de infamia, que tradicionalmente tenían restringida su capacidad acusatoria.

El último apartado de este capítulo se dedica a las consecuencias jurídicas que se derivaban de la condena como tutor sospechoso. Como hemos señalado anteriormente, en origen las causas que motivaban el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* habrían estado circunscritas a comportamientos dolosos. Sin embargo, a medida que la tutela se convertía en una institución de carácter asistencial, estas causas se habrían ampliado a otros supuestos en los que mediaba culpa o negligencia.

Desde el primer momento la finalidad habría estado dirigida a remover al tutor del cargo para impedir, primero, que pudiera seguir obrando fraudulentamente, y luego que pudiera ocasionar cualquier riesgo al patrimonio pupilar. Ahora bien, en este último apartado nos hemos ocupado de determinar qué efectos jurídicos habría conllevado la remoción del tutor sospechoso en la práctica.

El tutor removido perdía todos los derechos y obligaciones aparejados al cargo, pues debía abandonar inmediatamente todas sus funciones. A partir de ese instante se consideraba todos los actos que pudiera llevar a cabo por cuenta del pupilo carecían de validez jurídica, de forma que se consideraba nula la interposición de la *auctoritas* del tutor removido de su cargo. Por otra parte, la remoción del cargo también conllevaba la pérdida de todos los derechos hereditarios que vinieran aparejados al nombramiento testamentario por el que fue designado como tutor.

Todos esos derechos y obligaciones corresponden al nuevo tutor que sustituye al tutor testamentario removido como sospechoso. De acuerdo con el originario sistema de delaciones a la sucesión hereditaria, cabría pensar que el cargo correspondería al tutor designado por vía legítima. Sin embargo, un fragmento de las Instituciones de Gayo⁴³⁰ recuerda que en un senadoconsulto, de fecha incierta, establecía que en estos supuestos correspondía al magistrado nombrar a un nuevo tutor.

Entre las múltiples teorías doctrinales que han intentado explicar el sentido del fragmento gayano se observa un punto en común: todas ellas coinciden en que este senadoconsulto habría supuesto un punto de inflexión en la evolución de los efectos jurídicos que conllevaba el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris*. Sin embargo, cada interpretación atribuye un alcance distinto a este senadoconsulto.

A nuestro juicio, no se trataría de una disposición encaminada a modificar las consecuencias jurídicas que se derivaban de la condena como tutor sospechoso, sino que este senadoconsulto debe enmarcarse en el proceso evolutivo que sufre la tutela como un nuevo instrumento de carácter asistencial. Su importancia radica en que se habría utilizado para determinar que se debía nombrar un tutor dativo en aquellos casos en que el antiguo tutor sospechoso fuese removido de su cargo.

Frente a la regulación tradicional que acudía a la delación *ab intestato* para cubrir el cargo vacante, el senadoconsulto otorgaba prevalencia al tutor dativo, en lo que debe interpretarse como una medida de protección de los intereses del pupilo. Ante la mala experiencia vivida con el antiguo tutor testamentario, es natural que con el nuevo tutor no se quieran correr riesgos y, en consecuencia, se prefiera elegir a un tutor dativo previa *inquisitio* por parte del magistrado antes que a un tutor legítimo.

Por otro lado, en este último apartado nos hemos ocupado de la nota de infamia que solía acompañar a la remoción del tutor sospechoso. Originariamente esta sanción debía imponerse ordinariamente en todos los supuestos condenatorios, pues únicamente se podía acusar a los tutores por comportamientos dolosos que implicasen una ruptura de la *fides* que debían observar en el desempeño de sus funciones. Dada la trascendencia de los valores vulnerados por el tutor fraudulento, no solo debía abandonar el cargo de tutor, sino que además era tachado con la nota de infamia.

⁴³⁰ Vid. *supra* Gayo 1.182.

Sin embargo, a medida que se amplían los supuestos para ejercitar la *accusatio suspecti tutoris*, se replantea esta sanción adicional. Dado que en época clásica se puede remover al tutor sospechoso no solo por haber realizado comportamientos dolosos, sino también por conductas culposas, negligentes o situaciones que conllevaran cierto riesgo para los intereses pupilares, parece que no siempre sería justo acompañar esa remoción con las consecuencias que conlleva la gravísima nota de infamia.

Por ese motivo, parece que a lo largo de la época clásica imperial se habrían ido estableciendo una serie de requisitos encaminados a determinar en qué casos se aplicaría la nota de infamia al tutor condenado como sospechoso. En primer lugar, era necesario que el magistrado decretase la remoción, pues no cabría aplicar la infamia a casos en los que se adjuntaba otro cotutor o un curador. Pero además, la remoción debía basarse en una conducta dolosa, pues los comportamientos culposos o meramente negligentes no podían conllevar infamia. Y en tercer lugar, se exigía que el decreto aludiera a la causa fraudulenta que justificaba la nota de infamia.

Por último, esta exposición sobre la *accusatio suspecti tutoris* termina haciendo una referencia a la posibilidad de que el tutor condenado como sospechoso, además de la remoción y la nota de infamia, sufriera penas corporales. A este respecto, parece que el *praefectus urbi* estaría facultado para imponer sanciones corporales a los tutores condenados como sospechosos. Y si bien desconocemos qué clase de penas se imponía a estos tutores, sabemos que la naturaleza de la pena variaba en función de la condición personal de cada uno de los tutores condenados.

IX. SINTESIS CONCLUSIVA

1. Un famoso fragmento de Ulpiano (Ulpiano, *46 ad Ed.*, D. 50.16.195.1) recuerda que en la ley de las XII Tablas se empleaba el término *familia* tanto en un sentido patrimonial para aludir al objeto de la *hereditas*, como en sentido personal para hacer referencia al conjunto de personas libres que conformaban una comunidad doméstica. Esta diversidad semántica ha propiciado que históricamente hayan aparecido múltiples interpretaciones encaminadas a localizar una posible raíz común que permitiera explicar la evolución polisémica de este vocablo.

La mayor parte de estos planteamientos parten desde una perspectiva filológica, que suelen fundamentarse en dos testimonios de Festo. Por un lado, el gramático latino recuerda que la antigua noción de *familia* procedía del término *famulus* (Fest., s.v. familia, L. 76), que significaba esclavo o sirviente, pero por otra parte, sostiene que originariamente el término *familia* se habría empleado para referirse a los miembros libres que componían una comunidad familiar y, solo posteriormente, en relación con los esclavos (Fest. s.v. *famulus*, L. 76).

Esta aparente incongruencia se ha resuelto tradicionalmente argumentando que originariamente el término *familia* se habría utilizado para hacer referencia a los grupos de esclavos pertenecientes a un mismo *pater familias*. Sin embargo, esta interpretación contradice el segundo testimonio de Festo. Por esa razón, hemos propuesto una solución diferente, que no solo concuerda con todas las fuentes conservadas desde el punto de vista filológico, sino también desde una perspectiva jurídica y social.

Nuestra hipótesis toma como punto de partida la posición de absoluta centralidad del *pater familias* en la antigua familia romana, en tanto que el resto de componentes de la comunidad familiar se encontraban sometidos a su autoridad. De acuerdo con esta relación de *dominium*, representada en el trinomio “*potestas, manus, mancipiumque*”, todos los miembros de la comunidad doméstica debían contribuir a la conservación del grupo familiar y asegurar su continuidad en el tiempo. La figura del *pater familias* desempeñaría entonces las funciones de un director encargado de coordinar todo un conjunto de recursos de naturaleza tanto personal como patrimonial, para asegurar precisamente la prosperidad de todos los componentes de su grupo familiar.

La conclusión que parece extraerse de la originaria articulación familiar es que el término *familia* se habría utilizado para designar a todos los componentes del grupo que se encontraban sometidos a un mismo *pater familias* y que, por tanto, prestaban un servicio en interés de la comunidad doméstica. Mientras que en origen esta posición habría correspondido a las personas que ostentaban la condición de hijos de familia, parece que estos habrían sido sustituidos por los esclavos a partir del siglo IV a.C., cuando tiene lugar la consolidación del sistema esclavista romano.

De acuerdo con esta interpretación, se entiende tanto que Festo afirmase que el término familia se habría empleado originariamente para referirse a las personas libres, así como que procedía del término *famulus*. Aunque este vocablo se habría utilizado históricamente para referirse a los esclavos, en realidad aludía a cualquier persona que realizase servicios en favor de una comunidad doméstica dirigida por un *pater familias*. Por ese motivo, las primeras familias designaban a los conjuntos de personas libres que estaban sometidas a la autoridad del *pater familias* y luego se extendió a los esclavos y otros bienes patrimoniales bajo dominio del *pater familias*, dando lugar a las diferentes acepciones que Ulpiano recordaba referidas en las XII tablas.

2. La segunda de las conclusiones alcanzadas en este trabajo atañe a las causas que habrían propiciado la aparición de la institución tutelar. Sobre la base de los textos de Ulpiano en relación con la familia romana, tenemos constancia de que cuando se producía el fallecimiento del *pater familias*, todas las personas libres inmediatamente sometidas a su autoridad devenían jurídicamente independientes (Ulpiano, 46 *ad Ed.*, D. 50.16.195.2). Consecuentemente, ostentaban la condición de *sui iuris* y se situaban al frente de sus respectivas comunidades familiares.

A consecuencia de ello el grupo familiar originario se dividía en tantas nuevas familias como personas libres se encontrasen inmediatamente sometidas a la autoridad del *pater familias* fallecido. Sin embargo, mientras que desde el punto de vista personal se producía esta fragmentación de la familia, parece que antiguamente los herederos del causante tendían a mantener el patrimonio doméstico indiviso. A este respecto, hemos destacado que durante la época arcaica existían diferentes causas de índole económica, social, religiosa y política que fomentaban el mantenimiento de ciertas formas de vida comunitarias fundamentadas en la indivisión del patrimonio doméstico.

De acuerdo con diversas fuentes de época antigua, sabemos que a la muerte del *pater familias* se constituía el denominado *consortium ercto non cito*. Según aparece en las instituciones de Gayo (Gai. 3.154), la procedencia etimológica de esta denominación debía entenderse referida a una sociedad de propiedad indivisa. Sin embargo, a nuestro juicio resulta más acertado hablar de una sociedad que se caracterizaba porque su división no había sido provocada por ninguno de los consortes.

Esta interpretación concuerda perfectamente con las características que el propio Gayo atribuía al *consortium* cuando lo calificaba como “*societas legitima et naturalis*”. Con estas palabras quería dar a entender que esta institución no solo se habría recogido en la legislación decenviral, sino que además se adaptaba a las características sociales, económicas, políticas y religiosas del mundo antiguo. En palabras de Gayo, se trataría de una institución jurídica fundada en la *naturalis ratio*.

De acuerdo con esta naturaleza, hemos considerado que el *consortium* surgiría de manera automática a la muerte del *pater familias*. De esta forma, los hijos de familia del causante se convertirían en consortes sin necesidad de que tuvieran que realizar ningún acto de constitución de la nueva sociedad. Ahora bien, esto no implicaba que se tratase de una sociedad inseparable, pues parece que en todo momento habría existido la posibilidad de proceder a la división del patrimonio doméstico.

Con respecto al funcionamiento interno, hemos destacado que si bien todos los condóminos estaban legitimados para disponer de los bienes comunes, no todos estaban capacitados para realizar una administración del patrimonio doméstico. Conforme a la mentalidad romana, tanto las mujeres como los impúberes se consideraban incapaces para gestionar los asuntos patrimoniales, por lo que los consortes varones que hubieran alcanzado la pubertad debían hacerse cargo de la administración patrimonial en interés de todos los miembros que formaban parte del consorcio.

A nuestro juicio, el germen de la tutela legítima se encontraría precisamente en ese tipo de prácticas familiares. No obstante, la aparición de la institución tutelar solo habría tenido lugar como consecuencia de la evolución sufrida por la sociedad romana en un marcado sentido individualista, pues se trata de una figura que surge para dar respuesta a la desaparición de las antiguas formas de vida comunitarias y el progresivo debilitamiento de los vínculos de solidaridad entre parientes.

En este nuevo contexto social todas aquellas personas consideradas incapaces de gestionar sus propios asuntos patrimoniales quedaban desamparadas ante la ausencia de estructuras familiares que les ofrecieran alguna cobertura. Ante los riesgos que estas situaciones comportaban para la conservación de los bienes patrimoniales en poder de las mujeres o los impúberes, los antiguos romanos estimaron indispensable el nombramiento de algún tutor que se encargase de prestar la asistencia necesaria para concluir actos jurídicos o negociales en interés del patrimonio pupilar.

Desde esta perspectiva, la institución tutelar habría surgido como un verdadero mecanismo de control de la continuidad familiar, que se encontraba representada en la necesidad de proteger el patrimonio doméstico. La finalidad de la institución pretendía garantizar la conservación del patrimonio de la persona incapacitada, en tanto que así se protegían las expectativas hereditarias de sus parientes.

Por ese motivo, la designación de los primeros tutores se determina conforme a las normas que ordenaban la sucesión legítima. El cargo de tutor legítimo correspondía a los parientes agnados más cercanos al pupilo o, en su defecto, se defería en favor de los miembros de la misma *gens*. En todo caso, los primeros tutores legítimos siempre coincidían con los herederos del pupilo, lo que indudablemente constituía un incentivo para realizar una administración diligente del patrimonio pupilar.

Los paralelismos con el sistema de protección de los incapaces en el *consortium ercto non cito* son evidentes. En ambos casos se confiaba la salvaguarda de los bienes patrimoniales a los parientes más cercanos del pupilo. De esta forma, se explicaría que las primeras designaciones tutelares tuvieran una marcada naturaleza potestativa, pues en el fondo se concebían como una potestad en favor del propio tutor.

No obstante, aunque los tutores gozasen de amplísimas competencias a la hora de gestionar los asuntos patrimoniales, lo cierto es que la tutela no solo respondía a los intereses particulares de los tutores. Si bien el nombramiento de tutor respondía a unas pulsiones hereditarias, no puede negarse que también se perciben ciertas reminiscencias de la antigua solidaridad interparental. De esta forma, la función originaria de la tutela combinaba un marcado carácter potestativo con ciertos rasgos asistenciales, que toman más fuerza a medida que la institución evoluciona en el tiempo.

3. Una vez establecidas las causas que podrían haber propiciado la aparición de la institución tutelar, nos hemos ocupado de analizar cómo se habría articulado el primer sistema de nombramientos de los tutores. Sobre la base de la reconocida identificación entre el orden de llamamientos a la sucesión hereditaria y la regulación originaria de las antiguas modalidades tutelares, nuestra atención se ha centrado en las tres principales disposiciones decenvirales que ordenaban el fenómeno sucesorio. Evidentemente nos referimos a las normas contempladas en XII Tab. 5.3, 5.4 y 5.5.

En relación con la disposición relativa al *uti legassit*, que convencionalmente se contempla en XII Tab. 5.3, se conocen hasta tres versiones⁴³¹. Aunque la mayor parte de la doctrina se ha inclinado por la formulación que se conserva en *Tit. Ulp.* 11.14 y en Paulo, 59 *ad Ed.*, D. 50.16.53, todas las formulaciones presentan elementos de cierta consistencia para defender su posible originalidad. De esta forma se explica que todavía en la actualidad se siga debatiendo sobre esta cuestión.

A nuestro juicio, la única posibilidad de mantener una posición equilibrada a la hora de decantarse por la genuinidad de alguna de estas tres versiones pasa por realizar una comparación de carácter exegetico. Por ese motivo, hemos comenzado señalando las diferencias y similitudes entre estas tres versiones, para posteriormente proceder a realizar un análisis pormenorizado a la luz de las conclusiones sobre el origen de la familia que hemos apuntado en los capítulos anteriores.

Como consecuencia de nuestro trabajo de investigación hemos observado que tanto la versión procedente de obras de naturaleza retórica (Cic., *De inv.* 2.50.148; *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23) como la formulación conservada en *Tit. Ulp.* 11.14 y Paulo, 59 *ad Ed.*, D. 50.16.53 contienen algunas expresiones que no se corresponden con la terminología de la época decenviral. Desde nuestro punto de vista, la única de las redacciones conservadas que podría adecuarse al tenor literal de las XII Tablas sería la formulación recogida en Gai. 2.224 y Pomponio, 5 *ad Quintum Mucium*, D. 50.16.120. En este sentido, cabe destacar que no solo se trataría de la formulación más acorde a la forma de expresarse de los decenviros, sino que también sería la redacción más breve y, posiblemente la más antigua en el tiempo, pues sus orígenes parecen remontarse a los tiempos de Quinto Mucio Escévola el *Pontifex*.

⁴³¹ Hemos seguido la ordenación de BREONE, M., *I fondamenti del diritto romano*, cit., p. 26.

No obstante, la propuesta que consideramos más original de todas las contenidas en este segundo capítulo atañe a las disposiciones relativas a la norma conocida como “*si intestato moritur... ita ius esto*”. Con respecto a estas disposiciones solo se tiene constancia de dos redacciones diferentes: por un lado, se conserva una versión en las dos obras de carácter retórico que también contenían una formulación de XII Tab. 5.3 (Cic., *De inv.* 2.50.148; *Rhetorica ad Herennium* 1.13.23), pero además se conoce otra versión conservada en obras de carácter jurídico (*Tit. Ulp.* 26.1; *Collatio* 16.4.1).

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, ambas versiones contienen algunos elementos inconsistentes con su pretendido origen decenviral. Mientras que la llamada versión retórica adolece de los mismos anacronismos terminológicos que afectaban a la norma sobre el “*uti legassit*”, en el caso de la redacción de origen jurídico no se puede obviar la inclusión del inciso “*cui suus heres nec escit*”.

El origen de nuestro escepticismo con respecto a esta expresión se fundamenta en el hecho de que no apareciese recogida en la versión retórica cuando se trata de una expresión decisiva para interpretar el significado de esta disposición. Las explicaciones aportadas por la doctrina resultan insuficientes, pues difícilmente puede aceptarse que esta omisión pudiera estar ocasionada por un descuido de los retóricos, ni tampoco se entenderían las causas de una posible alteración posterior.

En apoyo de esta hipótesis, cabe destacar que entre los numerosos fragmentos que se han conservado en las fuentes relativos a esta disposición decenviral nunca se menciona a los *sui heredes*. En consecuencia, todo parece apuntar a que esa referencia habría sido introducida por los autores de la formulación jurídica, con el objetivo de aclarar una regulación de la sucesión hereditaria que podía inducir a confusión al encontrarse superada desde hacía mucho tiempo.

Finalmente hemos planteado la posibilidad de que la formulación originaria de XII Tab. 5.4 y 5.5 no se hubiera conservado en las fuentes. Pese a ello, a través del estudio exegético realizado sobre estas dos versiones hemos conjeturado que la norma originariamente recogida en la ley de las XII Tablas habría podido estar expresada en los siguientes términos: “*Si intestato moritur, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*”.

4. Con base en la reconstrucción de las tres grandes disposiciones que ordenaban el fenómeno sucesorio en las XII Tablas, hemos concluido que la prevalencia en el orden de llamamientos hereditarios correspondería a los *sui heredes*. Estos herederos naturales debían hacerse cargo tanto del patrimonio familiar, como de las tradiciones y el culto doméstico después del fallecimiento del *pater familias*. Por ese motivo, existía una gran preocupación por tener unos descendientes que asegurasen la continuidad de la familia y velasen por los antepasados en las siguientes generaciones.

Ante la amenaza que constituía la ausencia de *sui heredes* resulta razonable que los antiguos romanos desarrollasen la modalidad adoptiva de la *adrogatio* para procurar un descendiente que continuase la familia en el tiempo. Atendiendo a la trascendencia de este acto jurídico, pues implicaba que un hijo de familia cambiase de grupo familiar, no solo se requería que el adrogante careciese de descendientes, sino que tampoco debía estar en condiciones de procurárselos. Estas exigencias debían verificarse con la aprobación de la *adrogatio* ante los comicios curiados.

Con unas características muy similares tenemos constancia de que antiguamente se habría articulado el antiguo testamento *calatis comitiis*. Esta modalidad testamentaria también se celebraba ante los comicios curiados con el fin de generar un *suus heres* que solucionase la falta de descendientes del *pater familias*. Aunque algunos autores han llegado a considerar que pudiera tratarse del mismo acto jurídico, a lo largo de nuestro trabajo hemos destacado la existencia de ciertas diferencias procedimentales como que solo pudiera celebrarse en fechas concretas, se realizase una única declaración solemne por parte del testador, no necesitase la aprobación de los comicios y solo se produjeran efectos jurídicos a partir del fallecimiento del *pater familias*.

Nuestra aportación se ha centrado en explicar las funciones que fundamentaban la aparición de una forma testamentaria de estas características. A diferencia de lo que sucedía con la *adrogatio*, que requería que el *pater familias* no tuviera posibilidades de procurarse descendientes, la celebración del acto testamentario no ponía en duda que se pudiera lograr cierta descendencia legítima. El testamento *calatis comitiis* respondía a una previsión de futuro para el caso de que se produjera una muerte imprevista, de tal forma que no tenía una funcionalidad correctora, sino que se habría elaborado como un mecanismo jurídico de previsión complementario a la *adrogatio*.

5. El tercer capítulo de nuestro trabajo comienza realizando un recorrido por la evolución histórica de la institución tutelar. Para ello hemos tomado como referencia la clasificación tripartita de las *species tutelarum* de Servio Sulpicio Rufo, contemplada en Gai. 1.188 junto a otras clasificaciones jurisprudenciales. Esta no solo era la ordenación sobre las modalidades tutelares que mayor acogida habría recibido en su momento, sino que además resultaba la clasificación más lógica desde el punto de vista de las diferentes formas de designación de los tutores.

En un primer momento solo se habría contemplado una única modalidad de designación tutelar. De acuerdo con la prioridad histórica de la sucesión legítima, el cargo de tutor habría correspondido originariamente a los parientes agnados más próximos al pupilo, que al ser también sus herederos tendrían un mayor interés en procurar una buena administración del patrimonio pupilar. El nombramiento del tutor se concebía como un derecho inamovible, es decir, sin que cupiera la posibilidad de aceptar o rechazar el cargo de tutor.

No obstante, el ordenamiento jurídico romano habría contemplado la posibilidad de que los tutores pudieran transmitir el ejercicio de las funciones tutelares a un tercero a través de una *in iure cesio tutelae*. Este mecanismo estaba previsto para aquellos casos en los que la persona designada originariamente como tutor previese que no iba a poder cumplir con este cometido y, en consecuencia, decidiese dejar la administración del patrimonio pupilar en alguna persona de su confianza. De esta forma se conciliaba la inamovible naturaleza de la tutela legítima con la protección de los intereses del pupilo y, por consiguiente, de todo el grupo familiar.

La eminente naturaleza potestativa de esta primera modalidad tutelar tiende a atenuarse a medida que evoluciona la sociedad romana. En paralelo con el abandono de las antiguas tradiciones y la disolución de las relaciones de solidaridad entre familiares, tiende a imponerse una visión del mundo más individualista. Ahora no preocupa tanto conservar el patrimonio doméstico, sino poder disponer del mismo. En respuesta a esas demandas sociales, la jurisprudencia desarrolla, a partir de la redacción original de la norma sobre “*uti legassit*” y la *nuncupatio*, una nueva concepción de testamento que no solo ofrece un amplio margen para disponer de los bienes con eficacia *mortis causa*, sino también para proceder al nombramiento de tutores testamentarios.

Esta nueva modalidad tutelar conserva una naturaleza esencialmente potestativa, en cuanto que otorgaba amplias competencias al tutor, pero al mismo tiempo presenta algunos rasgos de carácter asistencial. Cuando el *pater familias* designaba al tutor en su testamento lo hacía pensando sin duda en la idea de continuidad familiar, pero sobre todo en los intereses del pupilo. Dado que la tutela testamentaria comienza a percibirse como una carga para el tutor, se admite la posibilidad de que los tutores designados por vía testamentaria puedan renunciar libremente a su cargo, sin necesidad de motivar su decisión, a través de la denominada *abdicationis tutelae*.

Ahora bien, la consolidación de la institución tutelar como instrumento jurídico orientado a la protección de los intereses pupilares no se produce hasta el surgimiento, merced a la *lex Atilia* del año 210 a.C., de la denominada tutela dativa. Esta tutela de origen magistratual se concibe ya como un verdadero *munus publicum*, cuya principal finalidad está encaminada a proveer la asistencia que requerían los menores *sui iuris* que carecían de un tutor legítimo y de un tutor testamentario.

De esta forma se explica que no se pudiera renunciar libremente al cargo de tutor dativo, sino que únicamente se podían alegar una serie de *excusationes* para justificar la imposibilidad de desempeñar correctamente las funciones tutelares. Dado que se trataba de una designación impuesta de los tutores públicos tras haber indagado previamente sobre la idoneidad del tutor, no existía la posibilidad de rechazar libremente el cargo, sino que se habría terminado estableciendo un compendio de *iustae causae excusationis* como consecuencia de una progresiva acumulación de supuestos alegables realizada por parte de la jurisprudencia clásica.

A la vista de lo expuesto, se observa como los instrumentos jurídicos articulados para sustraerse al ejercicio de las funciones tutelares evolucionaron en paralelo con el desarrollo histórico de la institución tutelar. A partir de una concepción completamente potestativa de la tutela, circunscrita a un ámbito estrictamente familiar y que se concibe como un mecanismo de protección de la continuidad familiar, progresivamente tienden a priorizarse los intereses del menor, lo que lleva aparejada una paulatina intervención de los poderes públicos y su consiguiente regulación. Así se explica que el régimen de la tutela dativa se terminase extendiendo a las restantes formas tutelares, propiciando la unificación de una institución orientada a la protección de los menores.

6. De conformidad con la evolución que hemos trazado de la institución tutelar, sabemos que originariamente la primera modalidad tutelar se concebía como un derecho en favor de los herederos del pupilo. Esta consideración implicaba que las personas que fueran designadas como tutores disfrutaban de amplísimas competencias a la hora de administrar el patrimonio pupilar. No obstante, este margen de actuación debía estar restringido por algún tipo de limitaciones en el desempeño de sus funciones.

Aunque no se han conservado textos al respecto o, precisamente por esa razón, hemos considerado que probablemente el comportamiento de los tutores se adecuaba a un conjunto de limitaciones impuestas por la propia dinámica de las relaciones sociales. Se trataría de límites no escritos, posiblemente basados en las virtudes personales que todo buen ciudadano romano debía ostentar. A este respecto, resulta razonable pensar que se hubiera utilizado la arcaica noción de la *fides* romana para valorar la vinculación entre la palabra comprometida y las actuaciones realizadas.

Esta idea conduce irremediabilmente a suponer la existencia de un juramento. De la misma forma que antiguamente se exigía recitar ciertas formulaciones solemnes antes de acceder a un cargo público, cabe suponer que los antiguos tutores también se habrían visto obligados a prestar algún tipo de juramento antes de hacerse cargo de la administración del patrimonio pupilar. Ahora bien, este compromiso no sería jurídico, sino que tendría carácter puramente sacramental.

De esta forma, hemos planteado la posibilidad de que el juramento funcionase a modo de *affirmatio* religiosa. Esta calificación posibilitaba que pudiera sancionarse a los tutores que hubieran realizado actuaciones que contraviniesen los compromisos que habían adquirido ante los dioses. Sin embargo, incluso aceptando la posibilidad de que se pudieran imponer sanciones sacramentales, tampoco resulta sencillo determinar quién se habría encargado de perseguir esas conductas fraudulentas.

Evidentemente esta tarea no podía haber correspondido a los poderes públicos, pues originariamente sus funciones jurisdiccionales estaban restringidas a la sanción de los actos ilícitos que vulneraban la *pax deorum*. Habitualmente cualquier infracción cometida en la esfera privada, como eran las actuaciones fraudulentas de los tutores, se resolvían en el seno del grupo familiar, sin que pudiera mediar la intervención de otras autoridades distintas al *pater familias*.

Sin embargo, en estos supuestos tampoco cabía esa posibilidad, pues los pupilos estaban sometidos a tutela porque carecían de *pater familias* y para ser tutor, al menos originariamente, se habría requerido la condición de *sui iuris*. Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en estos casos podía afectar a todos los miembros del grupo familiar, consideramos probable que el caso fuera conocido por un órgano de carácter colectivo. Por ese motivo, hemos planteado la posibilidad de que estas controversias se resolvieran ante el denominado *consilium domesticum*.

Tras analizar las fuentes romanas en las que aparece mencionada esta institución hemos llegado a la conclusión de que se trataba de un órgano que carecía de potestades jurisdiccionales, pero se reunía de manera extraordinaria para evaluar acontecimientos de gran trascendencia social en los que se hubiera visto involucrado algún integrante de la comunidad familiar. El objetivo de estas reuniones consistía en conocer con precisión los hechos acaecidos para que el consejo pudiera determinar la posición que adoptaría el grupo familiar con el fin de proteger su propia reputación.

Aunque no se conservan testimonios relacionados con casos en los que se viera inmerso algún tutor, no parece descartable que antiguamente el *consilium domesticum* hubiera conocido este tipo de supuestos. Ahora bien, teniendo en cuenta la antigüedad de la institución tutelar, cabe incluso pensar en algún antecedente histórico de este consejo doméstico que remontase sus orígenes a una época en la que la sociedad romana se articulaba sobre grupos de carácter gentilicio.

7. Una vez analizados los primeros compases del régimen de responsabilidad que sancionaba los comportamientos fraudulentos que algunos tutores realizaban contra la originaria noción de la *fides* romana, los dos últimos capítulos de la tesis doctoral se ocupan de profundizar en el estudio de las características de los dos principales recursos procesales utilizados antiguamente para proteger los intereses de los pupilos: la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*.

Con respecto a la primera de estas acciones, la mayor parte de la doctrina asume que se trataba de una acción penal que remontaba sus orígenes a la ley de las XII tablas y estaba encaminada a imponer una sanción al doble del valor de los bienes que el tutor hubiera sustraído del patrimonio pupilar. Sin embargo, la escasez de fuentes referidas a la *actio rationibus distrahendis* todavía plantea numerosas incertidumbres.

Por ese motivo, nuestro análisis ha tomado como punto de partida un extracto de las *Istituzioni* de Mario Talamanca, en el que el romanista italiano pone de manifiesto las diferentes cuestiones que aún a día de hoy la doctrina se plantea sobre la naturaleza, articulación y ejercicio de la *actio rationibus distrahendis*. Nosotros hemos abordado estas cuestiones con el objetivo de arrojar algo de luz al respecto.

No existiendo motivos para rechazar los testimonios que remontan el origen de esta acción a la legislación decenviral, opinión compartida por la inmensa mayoría de la doctrina moderna, nuestra primera conclusión de cierto calado aparece referida al tipo de procedimiento empleado en estos procesos. Dada su antigüedad, hemos considerado que estos supuestos únicamente podrían haberse sustanciado conforme al antiquísimo sistema procesal de las *legis actiones*.

Un somero repaso a la funcionalidad de cada uno de las cinco *legis actiones* que existían originariamente, nos ha permitido concluir que solo podría tratarse de la *legis actio per sacramentum in personam*. Como es sabido, esta acción de la ley se utilizaba en el ámbito de las actuaciones delictuales en las que no existía flagrancia, como podía ser el caso de sustracciones realizadas por algún tutor. En estos supuestos se requería la intervención de un órgano judicial para que declarase ilícita la actuación del tutor e impusiese la correspondiente sanción al doble de lo sustraído.

A medida que las antiguas acciones de la ley fueron paulatinamente sustituidas por el procedimiento formulario, es indudable que llegaría a redactarse una fórmula de la *actio rationibus distrahendis*. Aunque desconocemos el tenor literal de la misma, sin embargo, se puede afirmar con casi toda seguridad que figuraría en el Edicto del pretor junto a la fórmula de la *actio tutelae*, estaría redactada en tiempo pasado y contendría una *intentio in ius concepta* de carácter incierto, en la que seguramente se indicaría al juez que debía proceder a examinar las *rationes*.

En este sentido, hemos destacado que si bien la denominación de nuestra acción podría hacer alusión a la obligación que tenían los tutores de presentar las cuentas de su administración al pupilo cuando finalizaban sus funciones en el cargo, lo más probable es que proceda de la acción de quitar (*distrahere*) los libros de cuentas (*rationes*) al tutor para separar sus cuentas de las correspondientes al patrimonio pupilar con el fin de evaluar si efectivamente se había producido alguna malversación.

En relación con los tutores que podían ser perseguidos a través de esta acción, nuestra atención se ha centrado en un pasaje de Ulpiano en el que se afirmaba que la *actio rationibus distrahendis* podía ejercitarse no solo contra los tutores legítimos, sino contra toda clase de tutores (Ulpiano, 36 *ad Ed.*, D. 27.3.1.19). Aunque podría pensarse que se trataba de un fragmento interpolado, a nuestro juicio la enrevesada redacción de Ulpiano se explicaría por la propia evolución de la institución tutelar.

En este sentido, hemos destacado que la *actio rationibus distrahendis* solo se habría empleado originariamente para perseguir a los tutores legítimos, pero que con la progresiva unificación que se produce desde finales del período republicano entre los regímenes de las distintas *species tutelarum*, finalmente su ejercicio se habría terminado extendiendo a toda clase de tutores.

Por otra parte, los sujetos legitimados para ejercitar la acción serían los pupilos, en cuanto que serían los principales afectados por las sustracciones efectuadas por los tutores fraudulentos. Sin embargo, hemos señalado que la *actio rationibus distrahendis*, como sucedía con la *actio tutelae*, no podía ejercitarse hasta que no hubiera finalizado el desempeño de las funciones tutelares. Solo en ese momento podría constatarse de forma efectiva la sustracción de bienes del patrimonio pupilar. Por ese motivo, consideramos más adecuado afirmar que la legitimación activa en estos supuestos correspondería a los antiguos pupilos contra sus antiguos tutores.

Al margen de todas estas conclusiones en el plano procedimental, cabe destacar que la principal aportación de nuestro trabajo respecto a la *actio rationibus distrahendis* radica en la interpretación de su naturaleza. Partiendo de su indiscutible carácter penal, tanto en época antigua como clásica, resulta ciertamente complicado explicar cómo se articulaba el régimen de acumulaciones de nuestra acción con otros recursos procesales que también surgían como consecuencia de las sustracciones realizadas por un tutor en perjuicio del patrimonio de su pupilo.

De acuerdo con los testimonios recabados en las fuentes, hemos confirmado que los juristas severianos admitían la acumulación con la *actio furti*, aunque no podemos asegurar que esa fuera la regulación original y, por encima de todo, desconocemos si se trataba de una acumulación en forma electiva o cumulativa. Sin embargo, nuestra mayor atención se ha centrado en que esos mismos juristas rechazaban la posible acumulación con dos acciones reipersecutorias como la *actio tutelae* y la *condictio furtiva*.

Con el fin de explicar las posibles causas de esta ordenación hemos planteado hasta tres interpretaciones alternativas.

La primera de ellas pasa por considerar que los textos habrían sido modificados, con lo que desaparecería el problema. Sin embargo, no existen argumentos de peso que permitan sostener esta hipótesis.

La segunda teoría a este respecto procede de la obra de Pasquale Voci, quien ha planteado que en estos supuestos se parte de un incumplimiento de naturaleza civil, pero que, no obstante, da lugar a dos tipos de sanciones: la *actio rationibus distrahendis* para obtener una sanción pecuniaria y la *actio tutelae* para obtener un resarcimiento. De esta forma, destaca que la particularidad de esta acción radicaría en que presenta naturaleza penal pero surge de un incumplimiento civil.

A pesar de que se trata de una construcción inteligente, resulta un tanto forzada. Por ese motivo, hemos considerado una tercera posibilidad que pasa por entender que los juristas clásicos interpretaban que la *actio rationibus distrahendis* no tenía como fin únicamente la represión de la sustracción. No se trataría de una acción penal pura, sino que en la sanción al doble se contendría ya una indemnización por los bienes sustraídos, lo que explicaría su no acumulación con otras acciones reipersecutorias.

8. Las últimas conclusiones de nuestra tesis doctoral se enmarcan en el análisis que hemos realizado sobre la *accusatio suspecti tutoris*. En comparación con las fuentes que se conservan sobre la *actio rationibus distrahendis*, contamos con más información sobre el origen, naturaleza y articulación procesal de esta acción. Sin embargo, la mayor parte de los fragmentos conservados provienen de fuentes de la época clásica, por lo que ha resultado complicado reconstruir sus características originarias.

Una de las grandes aportaciones de nuestro trabajo se ha centrado en determinar el origen de esta acción. Tradicionalmente se aceptaba que habría estado recogida en alguna disposición de la ley de las XII Tablas, pues un fragmento de Ulpiano recuerda que “*Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*” (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.2). Sin embargo, a nuestro juicio no debe pasarse por alto la forma verbal empleada, pues la utilización de “*descendere*” en los textos de Ulpiano parece aludir a una noción de procedencia originaria.

Desde esta perspectiva, cuando Ulpiano afirma que la *accusatio suspecti tutoris* descendía de las XII Tablas, en realidad no estaría afirmando que esta acción estuviera contemplada expresamente en alguna de sus disposiciones, sino que la acción provenía, en última instancia, de la ley decenviral. A consecuencia de ello, hemos concluido que este recurso procesal no habría existido hasta la época postdecenviral, momento en que se constituye también la figura de la tutela testamentaria.

La segunda cuestión problemática radica en su naturaleza. En base a las causas que podían fundamentar la acusación de tutor sospechoso, no puede caber duda de que se trataba de una acción penal. Sin embargo, existen motivos de peso para defender su posible carácter criminal, como también para sostener que sancionaba actos delictuales. Por esa razón, parece conveniente compartir la opinión de aquellos autores que aluden a una cierta naturaleza mixta, en la que se combinarían elementos de naturaleza delictual con otros de carácter típicamente criminal.

La parte más importante del capítulo dedicado a la *accusatio suspecti tutoris* atañe a su funcionamiento procesal. Tomando como punto de partida la información de la que disponemos sobre el procedimiento clásico hemos tratado de determinar cómo se habría articulado el proceso y quiénes serían los órganos competentes para sustanciar el procedimiento desde sus orígenes hasta la época clásica.

De acuerdo con las fuentes conservadas sabemos que el proceso se sustanciaba a través de una *cognitio* pretoria en época clásica. Esto implicaba que todo el proceso se sustanciaba en una sola instancia ante un magistrado que escuchaba las alegaciones de las partes, procedía a la práctica de las pruebas y resolvía a través de un *decretum* en el que declaraba la culpabilidad o inocencia del tutor acusado.

De acuerdo con el testimonio de Ulpiano (Ulpiano, 35 *ad Ed.*, D. 26.10.1.3), la competencia para conocer esta clase de procesos correspondía a los pretores en Roma y a los gobernadores provinciales en territorio provincial. Pese a que el jurista no se refiere a los magistrados municipales, varias *leges municipales* como la *Lex Ursonensis* 109, la *Lex Salpensana* 29 o la *Lex Irnitana* 29 reconocían a estos la facultad para nombrar tutores dativos, por lo que resulta razonable suponer que igualmente estarían facultados para remover del cargo a esos mismos tutores.

En apoyo de una posible competencia de los magistrados municipales, hemos destacado que existía la posibilidad de que los magistrados realizasen una delegación general de todas sus funciones o delegasen una facultad concreta. De esta manera se habría ampliado el margen de competencia para que otros magistrados y funcionarios de la administración imperial pudieran conocer de estos procesos, dando lugar a su vez a problemas de concurrencia entre diversos órganos jurisdiccionales.

Con respecto a la época antigua, a falta de certidumbres en las fuentes romanas, hemos planteado las tres grandes posibilidades procedimentales que podrían haberse empleado en época republicana: la *coercitio* de los magistrados, la persecución privada de los delitos y los juicios populares.

Aunque a nuestro juicio todo apunta a que el proceso debía ser conocido por un magistrado con competencia para remover al tutor del cargo. Para tomar esa decisión el magistrado correspondiente se habría amparado en la posibilidad de emitir decretos con arreglo al procedimiento que conocemos en el ámbito interdictal. De esta forma, el procedimiento se iniciaría con una citación al demandado por parte del demandante. Una vez que ambos se encontraban ante el magistrado, éste se encargaba de realizar una *causae cognitio* de los principales presupuestos procesales del caso y decidiría si aceptaba o rechazaba la *postulatio interdicti* solicitada por el demandante.

No obstante, tampoco se puede descartar que esta decisión fuese adoptada por un órgano jurisdiccional de carácter colectivo. Debido a la trascendencia que conllevaba la remoción de un tutor sospechoso, resulta razonable pensar que el proceso se resolviera en un órgano de representación popular como el tribunal de los centunviro. Entre las competencias atribuidas a este antiguo órgano jurisdiccional sabemos que se ocupaba principalmente de conocer causas relativas a materia sucesoria. No obstante, también conocía otras materias, siempre que estuvieran ligadas con el ámbito sucesorio. Este podría ser el caso de los supuestos de acusación de los tutores sospechosos, pues en caso de resultar condenados perdían todos sus derechos sucesorios con respecto a los bienes que componían el patrimonio pupilar.

Con respecto a la tercera posibilidad contemplada, nuestro trabajo ha puesto de manifiesto que puede descartarse con absoluta seguridad que estos procesos se hubieran tramitado conforme al procedimiento criminal ordinario.

Con respecto a las partes involucradas en el proceso, nuestra acción se define como una *actio quasi publicam*, en cuanto que podía ejercitarse por cualquier persona, salvo el propio pupilo. Aunque en un principio es posible que ese cierto carácter popular alcanzase exclusivamente a los familiares y personas más allegadas al pupilo, a medida que la institución tutelar adquiere carácter asistencial esta posibilidad se extiende a toda clase de personas, entre los que cobran especial importancia colectivos tradicionalmente incapacitados para realizar este tipo de acusaciones como las mujeres, los libertos o las personas tachadas con la nota de infamia.

Ahora bien, la propuesta más interesante de esta parte del trabajo se refiere a las personas contra las que podía dirigirse esta acción. En un enrevesado texto de Ulpiano se afirma que podrían ser acusados como sospechosos todos los tutores, pero luego se menciona expresamente a los tutores testamentarios y, por último, utiliza la fórmula de “*sed alterius generis tutoris*” para referirse nuevamente a todos los tutores.

Desde nuestro punto de vista, se trataría del testimonio genuino de Ulpiano, pues con estas palabras intentaba poner de manifiesto que en su época la *accusatio suspecti tutoris* se podía ejercitar sobre todas las formas de tutela, destacando que no sólo se aplicaba a los tutores testamentarios, sino también al resto, a diferencia de lo que debía suceder en épocas anteriores. Por último, todo apunta a que el pasaje concluiría con una referencia expresa a la tutela legítima, pues todavía debía constituir cierta novedad la posibilidad de ejercitar la *accusatio suspecti tutoris* en estos casos.

En el último apartado de la tesis doctoral nos hemos ocupado de las sanciones que recaían sobre el tutor sospechoso declarado culpable. A este respecto sabemos que la pena principal consistía en la remoción del cargo, que originariamente sería ocupado por un tutor legítimo, aunque a partir de un senadoconsulto referido por Gayo (1.182) parece que habría correspondido a los tutores dativos.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, B.

- «Note sull'evoluzione storica del ' *ius vitae ac necis*'», en *Scritti in onore de C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3 (Milán, 1948), pp. 343-366 (= *Scritti giuridici I* (Palermo, 1991), pp. 3-26).
- «La successione ereditaria in diritto romano antico. 1. Il consorzio *ercto non cito*», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 20 (1949), pp. 127-217.
- «*Familia pecuniaque* e la pretesa dicotomia originaria del patrimonio romano», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 20 (1949), pp. 258-351.
- «*Gai II.34-37 e l'in iure cessio hereditatis*», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 23 (1953), pp. 213-252.
- *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, 1979).
- «*'Vitae necisque potestas paterna'* e *'lex iulia de adulteriis coercendis'*», en *Scritti in onore di G. Musotto*, 2 (Palermo, 1980), pp. 5-38 (= en *Scritti giuridici II* (Palermo, 1991) pp. 1487-1522).
- *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palermo, 1987).
- «*Cum nexum faciet mancipiumque*», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 42 (1992), pp. 50-70 (= *Scritti giuridici III* (Turín, 2006), pp. 86-106).
- «Osservazioni su XII Tab. 5,3 (*Uti legassit..., ita ius esto*)», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 45.1 (1998), pp. 33-66.
- «*Animi levitas* femminile in *Gai 1.144 e 190*», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 48 (2003), pp. 11-15.

ALBERTARIO, E.

- «*Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*», en *Il Filangieri*, 35 (1910), pp. 492-506 (= *Studi di diritto romano*, vol. II, *Cose. Diritti reali. Possesso* (Milán, 1941), pp. 1-27).
- «Di alcune innovazioni giustinianee riguardanti la "*cura minorum*"», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 33 (1912), pp. 240-258.
- «Responsabilità del pupillo derivante dal suo arricchimento per agli atti compiuti senza l'*auctoritas tutoris*», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 46 (1913), pp. 845-873 (= *Studi di diritto romano*, vol. IV, *Eredità e processo* (Milán, 1946), pp. 339-368).
- «Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 49 (1926), pp. 3 ss. (= *Studi di diritto romano*, vol. V, *Storia metodologia esegesi* (Milán, 1937), pp. 451 ss.).
- «Ancora sugli elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 51 (1928), pp. 1 ss.
- «I nuovi frammenti di Gaio», en *Per il XIV Centenario delle Pandette* (1934), pp. 505-526 (= *Studi di diritto romano*, vol. IV., cit., pp. 461 ss.).
- «*Animus furandi*: contributo alla dottrina del furto nel diritto romano e nel diritto bizantino», en *Studi di Diritto romano*, vol. III (Milán, 1936), pp. 209 ss.
- «*Actiones e interdicta*», en *Studi di diritto romano IV. Eredità e processo* (Milán, 1946), pp. 117 ss.

ADAME GODDARD, J.

- «El procedimiento “*ex interdicto*” en el derecho romano clásico», en *Revista de investigaciones jurídicas de México*, 2.2 (1978), pp. 225 ss.
- «Palingenesia de PS. 1.7: “*De integri restitutione*”», en *Estudios de Derecho romano en honor a A. D’Ors* (Pamplona, 1987), pp. 89 ss.

ADRADOS, F. R.

- *El sistema gentilicio decimal de los Indoeuropeos occidentales y los orígenes de Roma* (Madrid, 1948).

AGUDO RUIZ, A.

- *Las costas en el proceso civil romano* (Madrid, 2013).

AMARELLI, F.

- *Consilia principum* (Nápoles, 1983).

AMBROSINO, A.

- «*In iure cessio hereditatis*. Spunti per la valutazione della *hereditas*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 10 (1944), pp. 1-100.
- «Le applicazioni innovative della *mancipatio* (Linee di sviluppo del diritto sostanziale privato *quiritario*)», en *Studi in memoria di E. Albertario* 2 (Milán, 1953), pp. 573-617.

AMELOTTI, M.

- *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. 1. Le forme classiche di testamento*, Mondadori (Firenze, 1966).
- «*Il testamento romano*», en *Scritti giuridici* (Torín, 1996), pp. 402 ss.
- «*Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti*», en *Estudios de Derecho Romano en honor de A. d’Ors*, vol. I (Navarra, 1987), pp. 151 ss.

AMIRANTE, L.

- «Il concetto unitario dell’“*auctoritas*”», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario* (Nápoles, 1948), pp. 375 ss.
- «*Auctoritas*», en *Novissimo Digesto Italiano*, 12 (Torín, 1957), pp. 1536 ss.
- «Famiglia, libertà. Città nell’epoca dei *decemviri*», en *Società e diritto nell’epoca decemvirale. Atti del Convegno di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 1984* (Nápoles, 1988), pp. 67-84.
- «Per una palingenesi delle XII tavole», en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International survey of Roman law*, 18 (1990), pp. 391-401.
- «Sulle XII tavole. Un’ipotesi di lavoro: le «sequenze» e l’ordine delle norme decemvirali», en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International survey of Roman law*, 20 (1992), pp. 205-210.

AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.

- AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F., «El origen de los poderes del “*Paterfamilias*” I: El “*Paterfamilias*” y la “*Patria potestas*”», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28 (2006), pp. 37-143.

- «El origen de los poderes del “*paterfamilias*”, vol. II: el “*paterfamilias*” y la “*manus*”», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]*, 29 (2007), pp. 51-163.
- «Las “*gentes*” y la propiedad colectiva», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]*, 32 (2010), pp. 39-58.
- «El trinomio “*potestas manus mancipiumque*”», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]*, 35 (2013), pp. 81-110.

ANKUM, H.

- «Le *minor captus* et le *minor circumscriptus* en droit romain classique», en *Études offertes a Pierre Jaubert. Liber Amicorum* (Burdeos, 1992), pp. 35-50.
- «Les *infanti proximi* dans la Jurisprudence classique», en *Estudios en homenaje al profesor Hernández Tejero*, vol. 2 (Madrid, 1994), pp. 53-73.

APARICI DIAZ, J.

- *La bipartición del proceso civil romano* (Sevilla, 1946).

APPLETON, C.

- *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables* (París, 1903).

ARANGIO-RUIZ, V.

- «L'origine del “*testamentum militis*” e la sua posizione nel diritto romano classico», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 18 (1906), pp. 157-196.
- «Le genti e la città», en *Annuario dell'Università di Messina* (1913-14), pp. 5-71(= *Scritti di Diritto Romano I* (Nápoles, 1974), pp. 521-587).
- «Sul '*liber singularis regularum*'. Appunti gaiani», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 30 (1921), pp. 178-219. (= *Scritti di diritto romano II* (Nápoles, 1974), pp. 89-130).
- «Erede e tutore», en *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, 53 (1930), pp. 116-130 (= *Raia* (Roma, 1946), pp. 149-167) (= *Scritti di diritto romano II*, cit., pp. 271-187).
- «Frammenti di Gaio», en *Pubblicazioni della Società italiana papiri greci e latini* (Florenca, 1934), pp. 1-42.
- «Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 42 (1934), pp. 571-624.
- *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles, 1947).
- *La società in diritto romano* (Nápoles, 1950).
- «Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri», en *Studi De Francisci*, vol. 2 (Milán, 1956), pp. 3-17.
- «Intorno alla forma scritta del “*testamentum per aes et libram*”», en *Atti congresso internazionale di diritto romano, Verona, 27-29 sept., 1948*, III (Milán, 1953), pp. 79-90 (= *Scritti di diritto romano*, vol. IV (Nápoles, 1977), pp. 185-194).

ARCARIA, F.

- «*Missio in possessionem* e *cognitio fedecommissaria*», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 89 (1986), pp. 245-303.

ARCES, P.

- «Riflessioni sulla norma “*uti legassit*” (Tab. V.3)», en *Rivista di Diritto Romano*, 4 (2004), pp. 1-26.
- *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico* (Milán, 2013).
- «Note in tema di *sacrorum detestatio*», en *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 5 (2006).
- «Sulla “*natura fideicommissaria*” del “*gestum per aes et libram*” utilizzato per disporre “*mortis causa*”», en *Rivista di Diritto Romano*, XI (2011), pp. 3 ss.

ARCHI, G. G.

- «Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 6 (1959), pp. 229-247.

ARÉVALO CABALLERO, W.

- «Excepciones a la incapacidad de obrar del impúber y del menor *sui iuris* y su recepción en derecho español», en *Revista Internacional de Derecho Romano* (2011), pp. 40-94.

ASTOLFI, R.

- *La “lex Iulia et Papia”* (Padua, 1970, reimp. 1986).
- «Note per una valutazione storica della “*lex Iulia et Papia*”», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 39 (1973), pp. 187-238.
- *Il fidanzamento nel diritto romano* (Padua, 1989, reimp. 1994).

BACHOFEN, J. J.

- *Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur* (Stuttgart, 1861).

BALDUCCI, A.

- «Intorno al *iudicium domesticum*», en *Archivio Giuridico*, 191 (1976), pp. 69-97.

BALDUS, C.

- «I concetti di res in gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 55 (2012), pp. 41-74.
- «Die *libri disputationum* des Claudius Tryphoninus», en *Rivista di Diritto Romano*, 5 (2005).
- «Eine Lehre von Rechtsobjekt bei Claudius Tryphoninus?», en *Rivista di Diritto Romano*, 10 (2010).

BAUMAN, R. A.,

- «Family law and Roman politics», en *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, 3 (Nápoles, 1984), pp. 1283-1330.
- *Crime and punishment in ancient Rome* (Londres-Nueva York, 1996).

BAYET, J.

- *La religion romaine. Histoire politique et psychologique* (1957), traducido al italiano por G. Pasquinelli como *La religione romana. Storia politica e psicologica* (Turín, 1959).

BEAUCAMP, J.

- «Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III au IV siècle», en *Revue historique de droit français et étranger*, 54 (1976), pp. 485-508.

BEDUSCHI, C.

- “*Hereditatis aditio*”. 1. *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica* (Milán, 1976).

BELLINI, F.

- *Delicta e crimina nel sistema giudiziario* (Milán, 2012).

BELOCH, K. J.

- *Römische Geschichte bis zum Beginn des punischen Krieges* (Berlín-Leipzig, 1926).

BENVENISTE, E.

- *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (París, 1969).

BERGER, A.

- *Zur Lehre vom Tutor suspectus* (Weimar, 1914).

BERRINO, N. F.

- *Mulier potens: realtà femminili nel mondo antico* (Lecce, 2006).

BERTOLINI, C.

- *Appunti didattici di Diritto Romano. Il processo civile*, vol. 1 (Turín, 1913).

BESELER, G.

- «Glossen zum Privatrechte der römischen Republik», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 54 (1934), pp. 321-325.
- «*Fides*», en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano* (Roma, 1934), pp. 135 ss.
- «Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 66 (1948), pp. 265-393.
- «*Fruges et Paleae*», en *Scritti Beatificazione Ferrini III* (Milán, 1948), pp. 256-304.

BETANCOURT, F.

- «La defensa pretoria del “*missus in possessionem*”», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52 (1982), pp. 373-510.

BETHMANN-HOLLWEG, M. A.

- *Der Römische Zivilprozess*, vol I (Bonn, 1865).

BETTI, E.

- *Istituzioni di diritto romano* (Padua, 1947).

- “*In iure cessio hereditatis*”, “*successio in ius*” e titolo di “*heres*” (Nápoles, 1948).
- «Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla familia romana», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 18 (1952), pp. 241-248.
- «*Wesen des altrömischen Familienverbands* (Hausgemeinschaft und Agnatengenossenschaft)», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 71 (1954), pp. 1-24.
- «*La “in iure cessio hereditatis”*», en *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 13 (1966), pp. 97-106.

BIONDI, B.

- «*Obbietto dell’antica hereditas*», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 1 (1950), pp. 150-191 (= *Scritti giuridici* 3 (Milán, 1965), pp. 411-450).
- «*Aspetti morali della tutela*», en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), pp. 52-73 (= *Scritti giuridici* 3, cit., pp. 79-103).
- *Successione testamentaria e donazioni* (Milán, 1955).
- «*Valore delle etimologie dei giuristi romani*», en *Synthese V. Arangio-Ruiz*, vol. II (Nápoles, 1964), pp. 739-742.

BISCARDI, A.

- *La protezione interdittale nel processo romano* (Padua, 1938).
- «*Auctoritas Patrum*», en *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 48 (1941), pp. 403-521.
- «*Sul regime della comproprietà in diritto attico*», en *Studi in onore di U. E. Paoli* (Firenze, 1955), pp. 105-143.
- *La tutela interdittale ed il relativo processo* (Siena, 1956).
- «*L’unità del processo nella esperienza giuridica romana*», en *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 65 (1962), pp. 19-55.
- «*Postille gaiane. 3. Gaio e i “veteres”*», en *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico* (Nápoles, 1966), pp. 16-24.
- *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino, 1968).
- «*Inquisitio ed accusatio nel processo criminale extra ordinem*», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 1 (1989), pp. 235-241.

BLANCH NOUGUES, J. M.

- «*Nuncupare heredem*», en *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 47 (2000), pp. 123-149.

RAMOS BOLAÑOS, J. M.

- Edición de Platón, *Las Leyes* (Barcelona, 1988).

BONFANTE, P.

- «*La gens e la familia*», en *Scritti giuridici vari. I. Famiglia e successione* (Torino, 1916), pp. 1-17).
- «*L’origine dell’hereditas e dei legata nel diritto successorio romano*», en *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 4 (1891), pp. 97-143 (= *Scritti* 1, cit., pp. 101-151).

- «L'origine dell'*hereditas* e dei *legata* nel diritto successorio romano. A proposito della regola "*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*"», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 4 (1891), pp. 97-143.
- «La formazione scolastica della dottrina della *uniuersitas*», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 39 (1906), pp. 277 ss. (= *Scritti* 1, cit., pp. 307-323).
- «Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 27 (1914), pp. 97-128 (= *Scritti*, cit., 1, pp. 469-509).
- «*Res Mancipi e res nec Mancipi*» (Roma, 1888), reeditada como «*Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, en *Scritti giuridici varii* 2. *Proprietà e servitù* (Turín, 1918), pp. 1-326.
- *Corso di Diritto romano*. 1. *Diritto di famiglia* (Roma, 1925); 2. *La proprietà* (Roma, 1928); 6. *Le successioni – Parte generale* (Roma, 1930).
- «La morale politica dei Romani», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* (1926), pp. 186-199.
- *Storia del Diritto Romano*, vol. I (Roma, 1934, reimp. 1958).

BOTTA, F.

- *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'* (Cagliari, 1996).

BOYANCÉ, P.

- «*Les penates et l'ancienne religion romaine*», en *Revue des Études Anciennes*, 54 (1952), pp. 109-115.

BOZZA, F.

- *Sulla competenza dei Centumviri* (Nápoles, 1928).
- «*Actio in rem per sponsionem*», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. II (Milán, 1930), pp. 591 ss.

BRASIELLO, U.

- *La repressione penale in diritto romano* (Nápoles, 1937).
- «*Pegno e mancipatio fiduciae causa* nella alienazione dei beni degli incapaci», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 4 (1950), pp. 220-238.

BRAVO BOSCH, M. J.

- «*Levitas animi*», en *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 1008-1031.
- BRAVO BOSCH, M. J., «*El iudicium domesticum*», en *Revista General de Derecho Romano*, 17 (2011).

BRÉAL M. y BAILLY A.

- *Dictionnaire étymologique latin* (París, 1885).

BRETONE, M.

- «*Consortium e communio*», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 6 (1960), pp. 163-215.
- *La nozione romana di usufrutto* (Nápoles, 1962).
- *Storia del diritto romano* (Roma, 1987).

- *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura* (Roma-Bari, 1998).

BRIGUGLIO, F.

- «Servio Sulpicio e la definizione di tutela: *vis ac potestas* o *ius ac potestas*», en *Studi in onore di Antonino metro*, vol. I (2009), pp. 163-179.

BROGGINI, G.

- *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des romischen Privatrichter* (Colonia-Graz, 1957).

BRUGMANN, K.

- «Zu den Benennungen der Personen des dienenden Standes in den indogermanischen Sprachen», en *Indogermanische Forschungen*, 19 (1906), pp. 377-391.

BRUNS, K. G.

- *Fontes iuris Romani antiqui*, vol. I (Tubinga, 1909).

BUCK, C. D.

- «Die römische Popularklagen», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. I (1864), pp. 241 ss. (= en *Kleinere Schriften* (Weimar, 1882), pp. 313 ss.).
- *Der Vokalismus der oskischen Sprache* (Leipzig, 1892).

BUJUKLIC, Z.

- «*Leges regiae*: pro et contra», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 45 (1989), pp. 89-142.

BURCK, E.

- *Das neue Bild der Antike* (Leipzig, 1942).

BURDESE, A.

- *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* (Turín, 1950).
- «Sulla capacità intellettuale degli *impuberes* in diritto romano», en *Archivio Giuridico*, 150 (1956), pp. 10-66.
- *Manuale di diritto privato romano* (Turín, 1964).
- «Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica», en *Conferenze romanistiche, Università degli Studi di trieste*, 2 (Milán, 1967), pp. 209-228.
- Recensión de G. LOBRANO, «*Pater et filius eadem persona*. Per lo studio della *patria potestas*» (Milán, 1984), en *Studia et documenta historiae et iuris*, 51 (1985), pp. 534-541.
- *Diritto Pubblico Romano* (Turín, 1990).

CAGNAT, R.

- *Cours d'Epigraphie latine* (París, 1914).

CALZADA GONZÁLEZ, A.

- *La aceptación de la herencia en el derecho romano. "Aditio nuda voluntate"* (Zaragoza, 1995).

CAMACHO, F.

- *La infamia en el Derecho Romano* (Alicante, 1997).

CANCELLI, F.

- *Introduzione*, in *Cicerone, La retorica a Gaio Erennio* (Roma, 1992).

CANNATA, C. A.

- *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, vol. I (Turín, 1976).
- *Profilo istituzionale del processo privato romano. I. Le legis actiones* (Turín, 1980); II. *Il processo formulare* (Turín, 1982).
- *Histoire de la jurisprudence européenne, I. La jurisprudence romaine* (Turín, 1989).
- *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone* (Turín, 1997).
- *Corso di Istituzioni di diritto romano*, vol. I (Turín, 2001).

CANTARELLA, E.

- *L'ambiguo malanno: Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana* (Roma, 1983).
- *Los suplicios capitales en Grecia y Roma* (Milán, 1991), traducido al español por M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela.
- «Famiglia romana e demografía sociale», in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 43 (1992), pp. 99-111.
- *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia* (Milán, 1996).

CAPOGROSSI COLOGNESI, L.

- *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* (Milán, 1969).
- «Ancora sui poteri del *pater familias*», in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 73 (1970), pp. 357-425.
- «*Interdetti*», in *Enciclopedia del Diritto*, 21 (1971).
- «Idee vecchie e nuove sui poteri del *pater familias*», in *Poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982* (Nápoles, 1984), pp. 53-76.
- *Proprietà e signoria in Roma antica* (Roma, 1986).
- *Diritto e potere nella storia di Roma* (Nápoles, 2007).
- *Storia di Roma tra diritto e potere* (Bologna, 2009).

CARCATERRA, A.

- «*Mater familias*», in *Archivio Giuridico*, 3 (1940), pp. 113-164.
- *Hereditatis petitio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 8 (Turín, 1962).

CARRELLI, E.

- «*Decretum e sententia nella restitutio in integrum*», in *Annali della Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Bari* (1938), pp. 129-224.

CASADO CANDELAS, M.

- *La tutela de la mujer en Roma* (Valladolid, 1972).

CASAVOLA, F.

- *Studi sulle azioni popolari romane* (Nápoles, 1958).
- “*Lex Cincia*”. *Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Nápoles, 1960).
- *Studi sulle azioni popolari romane. Le ‘actiones populares’*, vol. I (Nápoles, 1991).

CASINOS MORA, F. J.

- *De Hereditatis Petitione* (Madrid, 2006).

CASTÁN, S.

- «Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El "*testamentum calatis comitiis*" y su relación con la sucesión intestada», en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 11 (2013), pp. 205-287.
- «*Successio in locum*. El derecho de representación hereditaria en el antiguo *ius civile*», en *Teoria e Storia del diritto privato*, 8 (2015), pp. 1-67.
- «El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código civil», en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa* (Madrid, 2015), pp. 925-939.

CASTELLO, C.

- *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (Milán, 1942).
- «Il problema evolutivo della *adrogatio*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 33 (1967), pp. 129-162.
- «L'intervento statuale negli atti costitutivi di adozione in diritto romano», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 16 (1977), pp. 685 ss.

CASTRESANA, A.

- «En busca de un significado unitario del término "*auctoritas*"», en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. 1 (Madrid, 1988), pp. 183-190.
- CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho* (Madrid, 1991).
- *Catálogo de virtudes femeninas: de la debilidad histórica de ser mujer "versus" la dignidad de ser esposa y madre* (Salamanca, 1993).
- *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana* (Salamanca, 2001).
- «*Fides Bona*: La sanción histórica de un deber actual (La buena fe y el deber de corrección en la Propuesta de CESL)», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 25 (2012), pp. 103-132.

CASTRO SÁENZ, A.

- «Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en Derecho Romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "*aditio*"», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 47 (1996), pp. 43-90.
- *La Herencia Yacente en Relación con la Personalidad Jurídica* (Sevilla, 1998).
- «Aproximación posesoria al concepto y estructura de la *hereditas*», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 91 (1998-1999), pp. 111-138.

- «Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana», en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidade de Vigo, 16-18 de abril de 1998*, vol. 1 (1999), pp. 209-224.
- «Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: *Bonorum possessio e in Bonis habere*», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 47 (2000), pp. 193-220.
- *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla, 2002).
- «Ensayo de derecho decenviral y pretorio. Posesión y proceso, acto y rito, en la creación del derecho», en *Annaeus: anales de la tradición romanística*, 1 (2004), pp. 11-96.
- «Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 75 (2005), pp. 525-574.
- «Itinerarios servianos: Servio Sulpicio Rufo ante Quinto Mucio Pontifex, entre la historia y el mito», en *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I (Milán, 2008), pp. 449-483.
- «Aquilio y el dolo», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 27 (2014), pp. 197-215.

CERVENCA, G.

- *Studi vari sulla "restitutio in integrum"* (Milán, 1965).
- s.v. "*In integrum restitutio*", en *Novissimo Digesto Italiano*, 15 (1968).

CHEVREAU, E.

- «L'évolution de la tutelle romaine a travers le mecanisme de l'*excusatio tutelae*», en *Fundamina*, 20 (2014), pp. 139-149.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I.

- *El significado unitario del término "Auctoritas en sus orígenes"*, Tesis Doctoral (2009).

CODACCI-PISANELLI, A.

- *Azione popolare* (Nápoles, 1887).

COLI, U.

- *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano* (Roma, 1920) (= *Scritti di diritto romano*, 1 (Milán, 1973), pp. 63-149).
- «Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 4 (1938), pp. 68-98 (= *Scritti di diritto romano* I, cit., pp. 213-250).
- «Regnum», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 17 (1951), pp. 1-168 (= *Scritti di diritto romano* I, cit., pp. 321-483).
- «*Paricidas esto*», en *Studi in onore de U- E. Paoli* (Florenzia, 1955), pp. 171-194 (*Scritti di diritto romano* I, cit., pp. 509-540).
- «*Il testamento nella legge delle XII Tavole*», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 7 (1956), pp. 24-91 (= *Scritti di diritto romano* II (Milán, 1973), pp. 613-676).

COLLINET, P.

- «Les vestiges de la solidarité familiale dans le droit romain», en *Mélanges Gustave Glotz*, 1 (París, 1932), pp. 249-256.
- «Les nouveaux fragments des Institutes de *Gaius* (PSI 1182)», en *Revue historique de droit français et étranger*, 4 (1934), pp. 96-113.

COLORNI, V.

- *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare* (Milán, 1954).

COPPOLA BISAZZA, G.

- «Nascita e declino dell'adagio "*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*"», en *Teoría e storia del diritto privato*, 5 (2012).
- «Qualche puntualizzazione sull'*infanti proximus* ed il *pubertati proximus*», en *Rivista di Diritto Romano*, 12 (2012).

CORBINO, A.

- «Schemi giuridici di appartenenza nell'esperienza romana arcaica», en *La proprietà e le proprietà* (Pontignano, 30 Settembre – 3 Ottobre 1985) (Milán, 1988), pp. 3-38.
- «Osservazioni in tema di *res Mancipi* e di stabilizzazione del regime della *mancipatio*», en *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. II (Milán, 1988), pp. 531-565.
- *Il formalismo negoziale*, vol. 2 (Turín, 2006).

CORNIL, G.

- «Contribution à l'étude de la *patria potestas*», en *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 21 (1897), pp. 416-485.
- *Ancien Droit romain. Le Problème des origines* (París, 1930).
- «Du *Mancipium* au *Dominium*», en *Festschrift Paul Koschaker zum 60. Geburtstag*, 1 (Weimar, 1939), pp. 404-444.

COSENTINO, P.

- «Sul '*pro tutela agere*' di *Inst. 4, 10 pr.*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 30 (1964), pp. 263-283.

COSTA, E.

- «Della data della *lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium*», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 2 (1889), pp. 72-77.
- *Profilo storico del processo civile romano* (Roma, 1918).
- *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee* (Turín, 1925).
- *Cicerone giuriconsulto, 1. Il diritto privato* (Bologna, 1927, reimp. Roma, 1964).

CRAWFORD, M. H.

- *Coinage & Money under the Roman Republic* (Londres, 1985).
- *Roman Statutes*, vol. II (Londres, 1996).

CRIFÓ, G.

- «Sul problema della donna tutrice», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 67 (1964), pp. 87-166.

CRITINI, N.

- *Imbecillus sexus. Le donne nell'Italia antica* (Brescia, 1999).

CUENA BOY, F.

- *Sistema jurídico y Derecho romano* (Santander, 1998).
- «*Repertorio de juristas romanos*», en AA.VV., *Textos de derecho romano* (Pamplona, 1998), pp. 349-366.

CUQ, E.

- *Les institutions juridiques des Romains* (París, 1904).

CURSI, M. F.

- «*La mancipatio familiae: una forma di testamento?*», en *Homenaje al profesor Armando Torrent* (Madrid, 2016), pp. 185-195.

DALLA, D. y LAMBERTINI, R.

- *Istituzioni di Diritto romano*, (Turín, 1996).

D'AMBRA, E.

- *Roman Women* (Madrid, 2007).

DANILOVIC, J.

- «*Observations sur les "actiones populares"*», en *Studi in onore di G. Grosso*, vol. 6 (Turín, 1974), pp. 15-43.

DAUBE, D.

- «*Intestatus*», en *Revue historique de droit français et étranger*, 15 (1936), pp. 341-343.
- «*"Consortium" in Roman and Hebrew Law*», en *The Juridical Review*, 62 (1950), pp. 71-91.
- «*Concerning the classifications of interdicts*», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 6 (1951), pp. 23-78.
- *Roman Law. Linguistic, social and philosophical aspects* (Edimburgo, 1969).

DAVERIO, F.

- «*Sacrorum detestatio*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 45 (1979), pp. 530-548.

DEBBASCH, Y.

- «*Excusatio tutoris*», en *Varia. Études de droit romain*, 2 (París, 1956), pp. 55-153.

DE FILIPPI, M.

- «*Il titolo 'de excusatione' dei Vaticana Fragmenta*», en *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, 3 (Nápoles, 1984), pp. 1159-1179.

DE FRANCISCI, P.

- *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina* (Padua, 1924).

- «La *revocatio in servitutem* del liberto ingrato», en *Mélanges G. Cornil*, I, (Gante-París 1926), pp. 295-324.
- *Storia del diritto romano* (Roma, 1931, reimp. Milán, 1939).
- «La comunità sociale e politica romana primitiva», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 22 (1956), pp. 1-86.
- *Primordia civitatis* (Roma, 1959).
- «Appunti intorno ai *mores maiorum* e alla storia della proprietà romana», en *Studi in onore di A. Segni*, 1 (Milán, 1967), pp. 615-638.

DEL CASTILLO, A.

- «La reforma serviana, punto de arranque de los cambios posteriores», en *Gerión*, 2 (1989), pp. 213-218.

DE MARCHI, A.

- *Il culto privato di Roma Antica, I. La religione nella vita domestica* (Milán, 1903, reimp. 2003).

DE LOS MOZOS, J.

- «Los actos de intercesión y el senadoconsulto Veleyano», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga* (Madrid, 1994), pp. 463-480.

DE MARTINO, F.

- *La giurisdizione nel diritto romano* (Padua, 1937).
- *Individualismo e Diritto romano privato* (Turín, 1941).
- «La *gens*, lo stato e le classi in Roma antica», en *Studi in onore Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. 4 (Nápoles, 1953), pp. 25-49 (= *Scritti di diritto romano. I. Diritto e società nell'antica Roma* (Roma, 1979), pp. 51-74).
- «Nota in tema di “*in iure cessio hereditatis*”», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario* (Nápoles, 1948), pp. 568-589.
- *Storia della costituzione romana*, vols. I-V (Nápoles, 1958-1972).
- «Storia arcaica e diritto romano privato», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 4 (1950), pp. 387-407.
- *Historia económica de la Roma antigua*, vol. I (Madrid, 1985).
- «Intorno all'origine della schiavitù a Roma», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 20 (1974), pp. 163-193.
- «Clienti e condizioni materiali in Roma arcaica», en *Miscellanea in onore di Eugenio Manni*, vol. II (Roma, 1979), pp. 703-704.

DE ROBERTIS, F. M.

- «La funzione della pena nel diritto romano», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario* (Nápoles, 1948), pp. 169-196 (= *Scritti varii di diritto romano*, 3. *Diritto penale* (Bari, 1987), pp. 5-34).
- *La responsabilità del tutore nel diritto romano giustiniano* (Bari, 1954).
- *La responsabilità del tutore* (Bari, 1960).

DE RUGGIERO, E.

- «La gens in Roma avanti la formazione del Comune», en *Critica e Scienza positiva* (Nápoles, 1872), pp. 1-34.

DE SANCTIS, G.

- *Per la scienza dell'antichità* (Turín, 1909).
- *Storia dei Romani*, vol. I-IV, (Florenzia, 1956-1968).

DE VISSCHER, F.

- «*Mancipium et res Mancipi*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 2 (1936), pp. 263-324 (= *Nouvelles études de droit romain public et privé* (Milán, 1949), pp. 193-256).
- *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle* (Bruselas, 1947).
- «*Auctoritas e Mancipium*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 22 (1956), pp. 87-112.

DE ZULUETA, F.

- «The new fragments of Gaius», en *The Journal of Roman Studies*, 25 (1935), pp. 19-32.

DEVOTO, G.

- «I problemi del piu antico vocabolario giuridico romano», en *Annali della Scuola Normale di Pisa* (1933), pp. 225-240.

DILIBERTO, O.

- *Studi sulle origini della 'cura furiosi'* (Nápoles, 1984).
- «Il testamento del matricida», en *Studi Università Cagliari*, 52 (1988), pp. 177-196.
- *Materiali per una palingenesi delle XII tavole 1* (Cagliari, 1992).
- «Successione legittima», en *Enciclopedia del Diritto*, 43 (1993).

DI MARZO, S.

- *Istituzioni di diritto romano* (Milán, 1968).

DIÓSDI, G.

- *Ownership in ancient and preclassical Roman law* (Budapest, 1970).
- «*Familia pecuniaque. Ein Beitrag zum altrömischen Eigentum*», en *Acta antiqua scientiarum Hungaricae*, 12 (1964), pp. 87-105.

DI OTTAVIO, D.

- *Uti legassit... ita ius esto. Alle radici della successione testamentaria in diritto romano* (Nápoles, 2016).

DI PAOLA, S.

- *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milán, 1954).

D'IPPOLITO, F.

- *Forme giuridiche di Roma arcaica* (Nápoles, 1998).

- «Sulla data dell'actio de dolo», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 41 (1995), pp. 247-250.

DI SALVO, S.,

- “*Lex Laetoria*”. *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.* (Camerino, 1979).

DIXON, S.

- «“*Infirmitas sexus*”: womanly weakness in Roman Law», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 52 (1984), pp. 343-371.

DOMINGO, R.

- *Auctoritas en Derecho romano* (Pamplona, 1999).

D'ORS, A.

- *Epigrafía jurídica de la España Romana* (Madrid, 1953).
- «Rescriptos y cognición extraordinaria», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 47 (1977), pp. 5-42.
- «La acción del menor restituido (crítica a Kupisch)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49 (1979), pp. 297-310.
- «Sobre XII Tab. V.7a: “*Si furiosus exit...*”. I. Consideraciones lexicográficas», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50 (1980), pp. 797 ss.
- «Caput y persona», en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid, 1980), pp. 377-381.
- «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalitas: Scritti in onore di A. Guarino*, 6 (Nápoles, 1984), pp. 2575-2590.
- *Derecho privado romano* (Pamplona, reimp. 2010).

D'ORTA, M.,

- *Saggio sulla heredis institutio. Problemi di origine* (Turín, 1996).

DÜLL, R.

- «*Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 63 (1943), pp. 54-116.
- «*Studien zur Manusehe*», en *Festschrift Leopold Wenger zu seinem 70 Geburtstag* (München, 1944), pp. 204 ss.

DUMÉZIL, G.

- *La religion romaine archaïque* (París, 1966).
- «Credo e fides», en *Idee romane* (Génova, 1987), pp. 50-58.

EHRLICH, E.

- «Die Anfänge des *testamentum per aes et libram*», en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 17 (1905), pp. 99 ss.

EISELE, F.

- *Cognitor und Procurator: Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung* (Tubinga, 1881).

ERNOUT, A. y MEILLET, E.

- *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (París, 1951).

EVANGELISTI, M.

- «*Consortium, erctum citum*: etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica», en *Diritto @ historia*, 6 (2007).

FABBRINI, F.

- «Per la storia della “*restitutio in integrum*”», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 13 (1967), pp. 200-230.

FACHETTI, G. M.

- «All'origine del “*testamentum*”», en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International survey of Roman law*, 30 (2002), pp. 227-234.

FADDA, C.

- «Dell'origine dei legati», en *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna* (Roma, 1888), pp. 165-222 (= *Studi e questioni di diritto*, 1 (Nápoles, 1910), pp. 65-131).
- *L'azione popolare: studio di diritto romano ed attuale. I, Parte storica. Diritto romano* (Turín, 1894, reimp. Roma, 1972).
- *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano: Lezioni dettate nella Università di Napoli*, vol. I (Nápoles, 1902).
- *Diritto delle persone e della famiglia* (Nápoles, 1910).
- «*Consortium, collegia, magistratuum, communio*», en *Studi Brugi* (1910), pp. 141-150.

FANIZZA, L.

- «*Jurisdictio mandata*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 60 (1994), pp. 303-359.
- *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale* (Roma, 1988).
- *L'amministrazione della giustizia nel Principato: aspetti, problemi* (Roma, 1999).

FAYER, C.

- *Aspetti di vita quotidiana nella Roma arcaica. Dalle origini all'età monarchica* (Roma, 1982).
- *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte prima* (Roma, 2005).
- *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda. Sponsalia. Matrimonio* (Roma, 2005).

FERNÁNDEZ BARREIRO, A.

- «Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2005), pp. 237-258.
- «Ética social y Derecho en la tradición jurídica romano-republicana», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 76 (1989-1990), pp. 379-384.
- «Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana», en *Seminarios complutenses de derecho romano*, 16 (2004), pp. 49-81.

- «Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, (2006), pp. 279-302.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO SERRANO, J.

- *Fundamentos de derecho privado romano*, 10ª edición (Madrid, 2018).

FERNÁNDEZ VISCAÍNO, J. B.

- *El ius adscrescendi en la sucesión ab intestato romana* (Alicante, 2009).

FERRINI, C.

- «La Parafrasi di Teofilo ed i Commentari di Gaio», en *Reale Istituto lombardo di scienze e lettere*, 16 (1883), pp. 565-575 (= *Opere*, vol. I (Milán, 1929), pp. 15-25).
- *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa* (Berlín, 1884; reeimp. Aallen, 1967).
- «Sull'origine dei legati», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1 (1888), pp. 111-125 (= *Opere di Contardo Ferrini*, vol. IV (Milán, 1930), pp. 193-207).

FILDHAUT, K.

- *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätklassische Juristenschrift* (Berlín, 2004).

FINAZZI, G.

- «“Heredem esse” ed “In tutelam suam venire”: riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 94-95 (1991-1992), pp. 105-156.
- *La sostituzione pupillare* (Nápoles, 1997).

FINLEY, M. I.

- *Ancient slavery and modern ideology* (Londres, 1980).

FIORI, R.

- *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Nápoles, 1996).
- «Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche», en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (2008), pp. 237-259.

FLACH, D.

- *Die Gesetze der frühen römischen Republik* (Stuttgart, 1994).

FRANCHINI, L.

- «Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale», en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, vol. I, (Padua, 2012), pp. 161-272.

FRANCIOSI, G.,

- Recensión a GALLO, F., «“Res Mancipi” e “res nec Mancipi”», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 5, vol. 3 (1959), pp. 370-390.

- «*L'heres extraneus* e le dodici tavole», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 10 (1964), pp. 352-356.
- *Usucapio pro herede. Contributto allo studio dell'antica hereditas* (Nápoles, 1965).
- «Preesistenza della *gens* e *nomen gentilicium*», en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana* (Nápoles, 1984), pp. 1-33.
- «Storia di gentes e storia di famiglie. Una messa a punto storico-cronologica», en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, 2 (Nápoles, 1988), pp. 3-24.
- *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana* (Nápoles, 1989).
- *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato* (Turín, 1989).
- *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, vol. III (Nápoles, 1995).
- «La versione retorica e la versione giuridica di disposizione delle XII Tavole», en *Ius Antiquum*, 10 (2002).
- *Manuale di storia del diritto romano* (Nápoles, 2000).
- *Corso istituzionale di diritto romano* (Turín, 2000).

FREYBURGER, G.

- *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne* (París, 1986).

FREZZA, P.

- «Il *consortium ercto non cito* e i nuovi frammenti di Gaio», en *Rivista di istruzione e filologia classica*, 62 (1934), pp. 27-46.
- «Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 4 (1938), pp. 363-428.
- «La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti», en *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, vol. 1 (Milán, 1947), pp. 275-298.
- «L'istituzione della collegialità in diritto romano», en *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantésimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 507-542.
- *Corso di Storia del Diritto Romano* (Roma, 1964).
- «*Fides bona*», en AA. VV. *Studi sulla buona fede* (Milán, 1975), pp. 1-48.

FUENTESECA DÍAZ, P.

- «Las “*legis actiones*” como etapas del proceso romano», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34 (1964), pp. 109-233.
- «*Mancipium, mancipatio, dominium*», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 4 (1958), pp. 135-149 (= *Estudios de Derecho romano IV* (2009), pp. 1327-1343).

FUENTESECA DEGENEFEE, M.

- *La formación romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)* (Madrid, 2004).
- «Sentido e historia de la expresión *suus heres*», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1 (2004), pp. 191-200.
- «*Poena privata, poena criminis* y responsabilidad civil derivada del delito», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (2005), pp. 1923-1949.

- «La *fides publica romana*», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 60 (2013), pp. 131-162.
- «La *mancipatio familiae* o el *negotium testamenti ordinandi gratia*», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 29 (2016), pp. 111-138.

FUSTEL DE COULANGES, N. D.

- *La cité antique* (París, 1864).

GAGLIARDI, L.

- *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze* (Milán, 2002).

GALLO, F.

- *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* (Turín, 1955).
- «Osservazioni sulla signoria del '*pater familias*' in epoca arcaica», en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, vol. II (Milán, 1956), pp. 193-236.
- *Studi sulla distinzione fra "res Mancipi" e "res nec Mancipi"* (Turín, 1958).
- «Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 16 (1970), pp. 17-58.
- «Idee vecchie e nuove sui poteri del *pater familias*», en *Poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982* (Nápoles, 1984), pp. 29-51.

GANDOLFI, G.

- «Sulla evoluzione della *hereditas* alla luce del regime dei *sacra* (Cic. *De legibus*, 2, 19-20, 47-49)», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 21 (1955), pp. 223-248.
- *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milán, 1955).

GARCIA BARRACO, M. E.

- *Pomponia Graecina. Vicende storiche e letterarie di una matrona romana del I secolo d.C.* (Roma, 2017).

GARCIA GARRIDO, M.

- *Ius uxorium, el regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, (Roma – Madrid, 1958).

GARCÍA GERBOLES, L.

- *La protección procesal del minor viginti quinque annis en Derecho romano* (Madrid, 2008).

GAROFALO, L.

- Recensión a BOTTA, F., «Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei '*publica iudicia*'», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 46 (1995), pp. 107-115.

GASPAR LERA, S.,

- *La acción de petición de herencia* (Pamplona, 2001).

GAUDEMET, J.

- «*Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*», Thèse Université Strasbourg (Estrasburgo, 1934).
- «Observations sur la *manus*», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2 (1953), pp. 323-353.
- «Le statut de la femme dans l'Empire romain», en *Recueils de la Société Jean Bodin. La femme*, 11 (1959), pp. 191-222.
- *Les communautés familiales* (París, 1963).
- «Le statut de la femme dans l'Empire romain», en *Le femme* (París, 1983), pp. 191-222.
- «“*Uti legassit...*”: XII Tables 5,3», en *Hommages R. Schilling* (París, 1984), pp. 109-115.

GIAGNORIO, M.

- «Brevi note in tema di azioni popolari», en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 5 (2012).

GIANELLI, G.

- *Il sacerdocio delle Vestali romane* (Florenca, 1913).

GIOFFREDI, C.

- *Contributo allo studio del processo civile romano* (Milán, 1947).
- «Religione e diritto nella più antica esperienza romana», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 20 (1954), pp. 259-302.
- *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955).
- «Funzioni e limiti della *patria potestas*» en *Nuovi Studi di diritto greco e romano* (Roma, 1980), pp. 77-112.

GIOMARO, A. M.

- «Ulpiano e le “*stipulationes praetoriae*”», en *Studi in onore di A. Biscardi*, 4 (Milán, 1983), pp. 413-440.

GIRARD, P., y SENN, F.

- *Les lois des Romains* (Nápoles, 1977).

GNOLI, F.

- *Ricerche sul crimen peculatus* (Milán, 1979).
- «Di una recente ipotesi sui rapporti tra *pecus*, *pecunia*, *peculium*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 44 (1978), pp. 204-218.

GOLDMANN, E.

- «Das Alter des römischen Testaments», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 51 (1931), pp. 223-228.

GONZÁLEZ ROLDÁN, Y.

- «Propuesta sobre la venta de herencia en el Derecho romano clásico», en *Revista de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, 21 (México D. F., 1997), pp. 292 ss.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, J. A.

- *Teoría y práctica judicial en época republicana. Política y represión criminal en la experiencia romana* (Madrid, 2016).

GORIA, F.

- «Il dibattito sull'abrogazione della lex Oppia e la condizione giuridica della donna romana», in *Atti del I Convegno Nazionale di Studi su "La donna nel mondo antico"*, a cura di R. Uglione (Turín, 1987), pp. 265-303.
- «Riflessioni su fraternità e diritto», in *Relazionalità nel diritto: quale spazio per la fraternità*, *Atti del Convegno, Castelgandolfo, 18-20 novembre 2005* (Roma, 2006).

GOUTELLE, G.

- *De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-consulte Tertullien* (París, 1933).

GROSSO, G.

- Recensión de G. I. LUZZATTO, «Le organizzazioni preciviche e lo stato», in *Studia et documenta historiae et iuris*, 13-14 (1947-1948), pp. 369-375.
- «L'esame di coscienza di uno storico e i problemi del più antico sviluppo costituzionale romano», in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85 (1948), pp. 429-437.
- *I legati nel diritto romano. Parte generale* (Turín, 1962).
- *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano: dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni* (Turín, 1970).

GUARINO, A.

- «In tema di "praetoriae Stipulationes"», in *Studia et documenta historiae et iuris*, 8 (1942), pp. 316-318.
- «Sui e adgnati nelle XII Tabulae», in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 3 (1949), pp. 204-207.
- Recensión a M. F. Lepri, «Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone», in *Studia et documenta historiae et iuris*, 10 (1944), pp. 406 – 410.
- «Notazioni romanistiche. 2. La lex XII tabularum e la tutela», in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (1948), pp. 31-38.
- «Notazioni romanistiche. 3. In iure cessio hereditatis», in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 38-46.
- «La classificazione delle "stipulationes praetoriae"», in *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 8 (1962), pp. 214-219.
- «Storia di cose e storia di parole», in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International survey of Roman law*, 3 (1972), pp. 549-556.
- «Variazioni sul Tema di Malleolo», in *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 35 (1989), pp. 79 ss., ahora también en *Pagine di diritto romano*, vol. IV, pp. 175 ss.
- *L'ordinamento giuridico romano* (Nápoles, 1990).
- *Diritto privato romano* (Nápoles, 1992).
- «Il furtum nelle XII Tavole», in *Pagine di diritto romano IV* (Nápoles, 1994), pp. 180-189.

- «Il iudicium domesticum», en *Pagine di Diritto Romano*, VI (Nápoles, 1995), pp. 538-539.
- *Storia del Diritto Romano* (Nápoles, 1996).

GUILLÉN, J.

- *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos* (Salamanca, 1994).

GUIZZI, F.

- *Aspetti giuridici del sacerdozio romano* (Nápoles, 1968).

GUTIERREZ-MASSON, L.

- «La carga de los "sacra" y de los "usucapio pro herede" en relación con el "consortium ercto non cito"», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72 (1986-1987), pp. 595-600.
- *Del consortium a la societas*, vol. I: "Consortium ercto non cito" (Madrid, 1989).
- «Pretor y cónsul», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 75 (1989-1990), pp. 397-404.
- «Las acciones populares en Roma», en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, vol. II (Madrid, 1994), pp. 291-298 (= en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (1994), pp. 739-752).
- «Peccatum iudicis y juramento promisorio en el proceso civil romano. Reflexiones de ayer y de hoy», en *Teoría e storia del diritto privato*, 2 (2009), ap. 3.

GUZMÁN, A.

- *Caución tutelar en Derecho romano* (Pamplona, 1974).
- *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (Pamplona, 1976).

HARRIS, W.

- «The Roman Father's Power of Life and Death», en *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller* (Leiden, 1986), pp. 81-95.

HEINECCIUS, V. J. G.

- *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionem* (Lipsiae, 1766).

HEINZE, R.

- «Auctoritas», en *Hermes*, 60 (1925), pp. 348-366.

HENRION, R.

- «Des origenes du mot *Familia*», en *L'Antiquité Classique*, 10 (1942), pp. 253-287.

HENZE, W.

- s.v. *Bradua*, en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, t. 3.1 (Stuttgart, 1897).

HERNÁNDEZ-GIL, A.

- *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)* (Madrid, 1946).

HERRERO MEDINA, M.

- «*Observaciones sobre la actio rationibus distrahendis*», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 27 (2014), pp. 321-350.

HÖLDER, E.

- «*Das Wesen der Erbgründe und Erbfolge nach römischen Rechte*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 30 (1909), pp. 65-99.

HORVAT, M.

- «*Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*», en *Studi V. Arangio-Ruiz*, vol. I (Nápoles, 1953), pp. 423-441.
- «*Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome*», en *Studi in onore di G. Grosso*, 6 (Turín, 1974), pp. 45-53.

HRUZA, E.

- *Über das lege agere pro tutela* (Erlangen, 1887).

HUVELIN, P.

- *Cours élémentaire de droit romain*, vol. 1 (París, 1927).

IGLESIAS SANTOS, J.

- «*Miscelanea crítica (Bona, familia, pecunia, hereditas, heres, succedere en las fuentes)*», en *Revista de la Universidad de Oviedo* 4 (1943), pp. 37-56 ss. (= *Estudios. Historia de Roma – Derecho Romano – Derecho Moderno* (Madrid, 1985), pp. 235-252 ss.
- «*Orden jurídico y orden extrajurídico*», en *Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno* (Madrid, 1968), pp. 169-212.
- «*La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno*», en *Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno* (Madrid, 1968), pp. 253-282.
- *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado* (Barcelona, 1972, reimp. 2016).
- *Las fuentes del derecho romano* (Madrid, 1989).

IHERING, R.

- *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. I (Leipzig, 1852).
- «*Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*», en *Jahrbücher für die Dogmatik des Rechts*, 11 (1885), pp. 155-338.

JOBbé-DUVAL, E.

- «*Explication de la loi 16 au code de inofficioso testamento*», en *Mélanges Gérardin* (París, 1907), pp. 355-397.

JOHANSSON, K. F.

- «*Indische Miszellen*», en *Indogermanische Forschungen*, 3 (1894), pp. 198-253.

JÖRS, P.

- *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit* (Hirschfeld, 1892).

JÖRS, P. - SPAGNUOLO VIGORITA, T.

- *"Iuliae Rogationes" due studi sulla legislazione matrimoniale augustea* (Nápoles, 1985).

KAHN, C. H.

- *Pythagoras and the Pythagoreans* (Indianapolis, 2001).

KARLOWA, O.

- *Römische Rechtsgeschichte. II: Privatrecht, Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess* (Leipzig, 1901).

KASER, M.

- «Der Inhalt der *patria potestas*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 58 (1938), pp. 62-87.
- *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht* (Colonia-Graz, 1943, reimp. 1956).
- *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Gotinga, 1949).
- «Religione e diritto in Roma arcaica», en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 3 (1948-1949), pp. 77 ss. (= *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart, 1993), pp. 151-166).
- «Ehe und "conventio in manum"», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 1 (1950) pp. 64-101.
- *Römische Rechtsgeschichte* (Gotinga, 1950).
- «Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 73 (1956), pp. 220-278.
- «La legittimazione passiva alla *hereditatis petitio*», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 3 (1957), pp. 251 ss.
- «La famiglia romana arcaica», en *Conferenze romanistiche dell'Università degli studi di Trieste. Facoltà di Giurisprudenza. Istituto di diritto romano* (Milán, 1960), pp. 41-62.
- *En torno al método de los juristas romanos* (Valladolid, 1964).
- Recensión de F. GUIZZI, «Aspetti giuridici del sacerdozio romano», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 86 (1969), pp. 502-503.
- *Das römische Privatrecht* (Múnich, 1971, reimp. 1975).
- «Zur "in integrum restitutio", besonders wegen "metus" und "dolus"», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 94 (1977), pp. 101-183.
- *Ius Gentium*, trad. al español por Andrés Santos, F. J. (Granada, 2004).

KELLER, F.

- *Der römische Civilprozess und die Actionen* (Leipzig, 1883).

KIRK, W. H.

- «*Suus heres*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 58 (1938), pp. 161 ss.

KOFANOV, L.

- «Il carattere religioso-giuridico della *fides* romana nei secoli V-III a.C.: sull'interpretazione di Polibio 6.56.6-15», en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore de A. Burdese*, vol. IV (Padua, 2003), pp. 333-346.

KOSCHAKER, P.

- «Die Eheformen bei den Indogermanen», en *II Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag* (1937), pp. 77-140.

KRETSCHMAR, P.

- «Das “*nexum*” und sein Verhältnis zum “*mancipium*”», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 29 (1908), pp. 227-279.

KRÜGER, H.

- «Verweisungsedikte im prätorischen Album», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 37 (1916), pp. 230-316.

KRÜGER, P., MOMMSEN, T., STUEDEMUND, G.

- «*Fragmentum Augustoduniense* 85-86», en *Collectio librorum iuris anteiustiniani* (1923).

KÜBLER, B.

- «Über das *Ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten (Fortsetzung und Schluß)», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 31 (1910), pp. 176-195.

KUNKEL, W.

- «*Fides* als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht», en *Festschrift P. Koschaker*, vol. II (Weimar, 1939), pp. 1-15.
- *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (München, 1952).
- «Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische “*Consortium*”», en *Annales de la faculté de Droit d'Istanbul*, 4 (1954), pp. 56-78.
- «Das Konsilium im Hausgericht», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 83 (1966), pp. 219-251. (= *Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte* (Weimar, 1974), pp. 117-149).
- *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (Colonia – Weimar – Viena, 2001).

KUNKEL, W. y JÖRS, P.

- *Römisches Privatrecht auf Grund des Werkes* (Berlin-Göttinga-Heidelberg, 1949).

KUPISCH, B.

- «*In integrum restitutio*” und “*vindicatio utilis*” (Berlin-New York, 1974).

LABRUNA, L.

- *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupilo sine tutoris auctoritate* (Nápoles, 1962).
- «Un editto per Carfania?», en *Synteleia V. Arangio-Ruiz*, 1 (Nápoles, 1964), pp. 415-420.

LAFFI, U.

- *Studi di storia romana e di diritto* (Roma, 2001).

LAMBERT, J. N.

- «Les origines de Rome à la lumière du droit comparé: *Romulus*», en *Studi De Francisci*, I (Nápoles, 1956), pp. 352 ss.

LAMBERTI, F.

- *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum* (Nápoles, 1993).

LAMBERTINI, R.

- «Legge delle XII tavole e cosiddetta „*successio ordinum*”», en *Studi G. Nicosia*, vol. IV (Milán, 2007), pp. 295-303.

LAMBRINI, P.

- «Labeone, l'azione di dolo e l'inadempimento: per una rilettura critica di D. 4.3.7.3 (Ulp. *11 ad ed.*)», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 57 (2008-2009), pp. 226-240.
- «‘*Actio de dolo malo*’ e accordi privi di tutela contrattuale», en *Seminarios Complutenses*, 22 (2009), pp. 225-249.
- *Studi sull'azione di dolo*, Jovene (Nápoles, 2013).

LANFRANCHI, F.

- «Appunti sul “*consortium*” familiare nei retori romani», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 1 (1935), pp. 373-378.
- *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano* (Milán, 1938).

LA PIRA, G.

- *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Florença, 1930).
- «La sostituzione pupillare», en *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegnamento*, 3 (Milán, 1930), pp. 271-347.

LAPRAT, R.

- *Le crimen suspecti tutoris* (Nancy, 1926).

LASSARD, Y.

- *s.v. Lex Plaetoria de iurisdictione*, en *The Roman Law Library* (2013).

LAURIA, M.

- «*Accusatio-inquisitio. Ordo – cognitio extra ordinem – cognitio: rapporti ed influenze reciproche*», en *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, 56 (1934), pp. 294 ss.

LAVAGGI, G.

- «Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano», en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene* (Nápoles, 1954), pp. 749 ss.

LENEL, O.

- «Zur Geschichte der *heredis institutio*», en *Essays in legal History* (Londres, 1914), pp. 120-142.
- «Rechtstellung des *proximus* und der *gentiles* im altrömischen Erbrecht», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 35 (1914), pp. 129-135.
- «Die Passivlegitimation bei der *hereditatis petitio*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 46 (1926), pp. 1-18.
- «*Paricidas esto*», en *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 2 (Milán, 1930), pp. 3-13.
- *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (Aalen, 1956).

LEPRI, M. F.

- *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (Florença, 1939).
- *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* (Florença, 1943).

LEVI, M. A.

- «*Manus, fides, fides publica*», en *La parola del passato* (1985), pp. 308-320.

LEVY, E.

- *Die Konkurrenz der Actionen und Personen*, vol. I (Berlín, 1918).
- «Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 54 (1934), pp. 258-311.
- «Zur Infamie in römisches Strafrecht», en *Gesammelte Schriften*, vol. 2 (Colonia-Graz, 1963), pp. 509-526.

LEVY-BRUHL, H.

- «Observations sur le régime successoral des XII Tables», en *Nouvelles Études sur le très ancien droit romain* (París, 1947), pp. 33-50.
- «Autour de la “*mancipatio familiae*”», en *Atti del congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto (Verona)* (Milán, 1948), pp. 69 ss.
- «La tutelle des XII tables», en *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 318-323.
- «Nature de la *mancipatio familiae*», en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), pp. 253-262.

LIEBESCHUETZ, J.H.W.

- *Continuity and Change in Roman Religion* (Oxford, 1979).
- LIND, L. R.
- «The elective system in Roman education», en *The Classical Weekly*, 27 (1934), pp. 175-176.
- LINDSAY, W. M.
- *Sexti Pompei Festi, De Verborum Significatu quae supersunt cum Pauli Epitome* (Leipzig, 1933).
- LOBRANO, G.
- *Pater et filius eadem persona. Vol. I: Per lo studio della patria potestas* (Milán, 1984).
- LOMBARDI, L.
- *Dalla fides alla bona fides* (Milán, 1961).
- LONGO, G.
- *L'hereditatis petitio* (Padua, 1933).
 - *Manuale elementare di diritto romano* (Turín, 1939).
 - *Diritto di famiglia* (Roma, 1940).
 - *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* (Milán, 1946).
- LÓPEZ GÜETO, A.
- *Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano: antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la relación materno filial en la sucesión intestada*, Tesis doctoral (Sevilla, 2016).
- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C.
- «La sucesión intestada en la ley de las XII Tablas», en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Raimundo Yanes* (Burgos, 2000), pp. 533-568.
- LOZANO CORBI, E.
- «Competencia de los 'recuperatores' en la *actio de sepulcro violato* y en otras acciones populares», en *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, vol. III (Madrid, 1988), pp. 1487-1496.
- LÜBTOW, U.
- «Zum Nexumproblem», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 67 (1950), pp. 112-161.
 - «Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts», en *Studi De Francisci* (Milán, 1956), pp. 416 ss.
- LUCHETTI, G.
- *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* (Milán, 2004).
- LUZZATTO, G. I.
- «Sull'obbligo degli eredi di vendicare l'uccisione dell'ereditando», en *Studi in memoria di U. Ratti* (Milán, 1934), pp. 545-589.

- *Procedura civile romana*, vol. II (Bologna, 1946).
- *Le organizzazioni preciviche e lo stato* (Modena, 1948).
- «Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma e l'influenza dell'ordinamento delle gentes nella costituzione romana durante la monarchia e la prima repubblica», in *Atti del Convegno internazionale sul tema: Dalla tribù allo Stato (Accademia nazionale dei Lincei)* (Roma, 1962), pp. 193-234.
- *Il problema d'origine del processo "extra ordinem"* (Bologna, 1965).

MAGDELAIN, A.,

- «Les mots "legare" et "heres" dans la Loi des XII Tables», in *Hommages à R. Schilling* (Paris, 1983), pp. 159-173.
- «Paricidas», in *Du châtement dans la cité. Supplices corporales et peine de mort dans le monde antique*, 79 (1984), pp. 549-570.
- *Ius Imperium Auctoritas. Etudes de droit romain* (Roma, 1990).
- «Le suffrage universal à Rome au Ve siècle av. J.-C.», in *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain* (Roma, 1990), pp. 453-469.
- «Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulaire», in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 59 (1991), pp. 239-257.

MAIURI, A.,

- *Sacra privata. Rituali domestici e istituti giuridici in Roma antica* (Roma, 2013).

MANARESI, A.

- *L'impero romano e il cristianesimo* (Turín, 1914).

MANCUSO, G.

- «*Decretum praetoris*», in *Studia et documenta historiae et iuris*, 63 (1997), pp. 343-400.

MANFREDINI, D.

- *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano* (Turín, 1991).
- *Istituzioni di diritto romano* (Turín, 2003).

MANTOVANI, D.

- «Un esempio dell'efficienza della comunicazione gaiana (*Gai 4.88-102*)», in *Studia et documenta historiae et iuris*, 51 (1985), pp. 349-366.
- «Il "bonus praeses" secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma dei "Libri de officio proconsulis"», in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 35-36 (1993-1994), pp. 203-267.
- *Le formule del proceso privato romano*, 2ª ed. (Padua, 1999).
- «Le due series di *leges regiae*», in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 15 (2003), pp. 185-196.
- «Declamare le Dodici Tavole: una parafrasi di XII tab. V, 3 nella *declamatio minor* 264», in *Fundamina*, 20.2 (2014), pp. 597-605.

MARCONE, A.

- *Storia dell'agricoltura romana* (Roma, 1997).

MARCOS CASQUERO, M. A.,

- «*Pecunia*. Historia de un vocablo», en *Pecunia. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León* (2005), pp. 1-12.

MARCOS CELESTINO, M.

- *La religión romana arcaica. Una propuesta para su estudio* (Madrid, 2004).

MARIE, S.

- *Las anotaciones de Trifonino a C. Escevola* (Santiago de Compostela, 1989).

MARINONE, N.,

- *Cronologia ciceroniana* (Roma, 1997).

MAROI, F.

- «Elementi religiosi nel diritto arcaico», en *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 109 (1933), pp. 83 ss.

MARRONE, M.

- *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* (Palermo, 1955).
- Recensión a DI PAOLA, S., *Saggi in materia di hereditatis petitio*, en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 6 (1955), pp. 317-324.
- *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio"* (Palermo, 1970).
- *Istituzioni di Diritto romano* (Palermo, 2006).

MASCHI, C. A.

- *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milán, 1935).
- *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (Milán, 1937).

MASIELLO, T.

- *La donna tutrice. Modeli culturali e prassi giuridica fra Antonini e i Severi* (Nápoles, 1979).
- *I Libri excusationum di Erennio Modestino* (Nápoles, 1983).

MAYER-MALY, T.

- s.v. «*Vis als juristischer Begriff*», en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, IX A-1 (1961).

MEDICI, C.

- *Ricerche sulla tutela mulierum* (Milán, 2011).

MEILLET, A.

- «*Latin credo et fides*», en *Memoires de la Société Linguistique*, 22 (1920), pp. 215-218.

MEILLET, A., Y VENDRYES, J.

- *Traité de grammaire comparée des langues classiques* (París, 1927).

MEINHART, M.

- *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (Colonia, 1967).

MELILLO, G.

- *Personae e status in Roma antica* (Nápoles, 2006).
- «*La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 68 (2002), pp. 55-93.

MÉNAGER, L. R.

- «*Systèmes onomastiques, structures familiales et classes sociales dans le monde gréco-romain*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 46 (1980), pp. 147-235.

MEYER, E.

- *Geschichte des Alterthums. Forschungen zur alten Geschichte*, vol. II (Halle, 1898).

MEYLAN, P.

- «*Origine de la formule “in potestate manu mancipioque”*», en *Études offertes à Jean Macqueron* (Aix en Provenza, 1970), pp. 503-513.

MICHON, L.

- «*La succession “ab intestat” d’après les XII Tables*», en *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 45 (1921), pp. 119-164.

MIGNE, J. P.

- *Patrologie latine*, vol. V (París, 1850).

MILANI, M.

- «*La mano destra in Roma antica*», en *Il corpo in Roma antica (a cura di Luigi Garofalo)*, vol. II (2017), pp. 25-121.

MINIERI, L.

- «*Mores e decreta gentilicia*», en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, 3 (Nápoles, 1995), pp. 123-168.
- «*Il testamentum in procinctu*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 64 (1998), pp. 253-296.

MIQUEL, J.

- *Derecho privado romano* (Madrid, 1992).

MITTEIS, L.

- «*Über das “nexum”*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 22 (1901), pp. 96-124.
- *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (Leipzig, 1908).
- MITTEIS, L., «*Recensión de PFLÜGER, H. H., Nexum und Mancipium*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 29 (1908), pp. 498-501.

MOMMSEN, T.

- *Römische Geschichte* (Leipzig, 1854) (trad. italiano Florencia, 1963).
- *Römische Forschungen* (Berlín, 1864).
- *Römisches Staatsrecht*, vol. III (Leipzig, 1875).
- *Römischen Strafrecht* (Leipzig, 1899).
- «Nexum», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 23 (1902), pp. 348-355.
- «Die Popularklagen», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 24 (1903), pp. 1-12.
- *Droit penal romain*, traducido por Duquesne (París, 1907).
- *Gesammelte Schriften*, vol. III (1907).
- «Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca», en *Gesammelte Schriften*, vol. I (Zúrich, 1914, reimp. 1994), pp. 330 ss.

MONACO, L.

- *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, (Nápoles, 2000).

MONIER, R.

- *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. I (París, 1935, reimp. 1947).
- «La date d'apparition du “dominium” et de la distinction juridique des “res” en “corporales” et “incorporales”», en *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 357-374.

MONTANARI, E.

- «Il concetto originario di ‘pax’ e la ‘pax deorum’», en *Concezioni della pace (Seminario 21 aprile 1988)* (Roma, 2006), pp. 39-50.

MOZZILLO, A.

- *Contributi allo studio delle “stipulationes praetoriae”* (Nápoles, 1960).
- s.v. “Stipulatio praetoria”, en *Novissimo Digesto Italiano*, 18 (1971).

MÜLLER, F.

- *Altitalisches Wörterbuch* (Gotinga, 1926).

MÜLLER-EHLEN, M.

- *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage* (Colonia, Weimar-Viena, 1998).

MÜNTER, C.

- *Dissertatio de matrimonio romano in specie de confarreatione* (Gotinga, 1786).

MURGA, J. L.

- *Derecho Romano Clásico* (Zaragoza, 1983).

NICOLINI, F.

- «Il passaggio dalla tribù allo Stato nella filosofia di Giambattista Vico», en *Atti del Convegno Dalla Tribù allo Stato* (Roma, 1962), pp. 23-24.

NIEBHUR, B. G.

- *Römische Geschichte*, vol. I (Berlín, 1811).
- *Römische Geschichte*, vol. II (Berlín, 1836).

NÖRR, D.

- *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Rechtswissenschaft* (Berlín, 1972).
- «Pomponius oder "Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen"», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms in Spiegel der neueren Forschung*, vol. II, 15, (1976), pp. 497-604.
- *Aspekte der römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara* (Múnich, 1989).

NÓTARI, T.

- «Remarques sur le *ius vitae necisque* et le *ius exponendi*», en *Studia iuridicophilologica I, Hungarian Polis Studies*, 14 (Debrecen, 2007), pp. 153-177.

OLIVIERO, G. M.

- «A proposito di *successio ordinum* nell'eredità intestata delle Dodici Tavole», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 68 (2002), pp. 625-631.
- «Il "diritto di famiglia" delle "*Leges regiae*"», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 74 (2008), pp. 559-580.

ONIDA, P. P.

- «*Fraternitas* e *societas*: i termini di un *connubio*», en *Diritto @ historia*, 6 (2007).

ORESTANO, R.

- «Gli editti imperiali. Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 44 (1936-37), pp. 194-273.
- «Dal *ius* al *fas*. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 46 (1939), pp. 194-273.
- *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Turín, 1967).

PAALZOW, G.

- *Zur Lehre von der römischen Popularklagen* (Berlín, 1889).

PANERO ORIA, P.

- «La *datio tutoris* en la *Lex Imitana* cap. 29», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81 (2011), pp. 973-996.

PARICIO SERRANO, J.

- «Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano», en *Revista de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense*, 16 (1990), pp. 227-234.

- «¿Tres modos de aceptación de la herencia?», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 45 (1999), pp. 244-253.
- «Sobre el origen y la naturaleza civil de los *bonae fidei iudicia*», en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Raimundo Yanes* (Burgos, 2000), pp. 187-198.
- «Sobre la fórmula de la “*actio rei uxoriae*”», en *Status familiae. Festschrift Wacke* (Múnich, 2001) pp. 365 ss.
- «La vocación de Servio Sulpicio Rufo», en *Iurisprudentia Universalis, Festschrift Theo Mayer-Maly* (Colonia-Weimar-Viena, 2002), pp. 549-561.
- «Una historia del contrato en la jurisprudencia romana», en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 53 (2009), pp. 73-114.

PASTORI, F.

- *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto* (Milán, 1992).

PEPPE, L.

- *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milán, 1984).
- *Ricerche sul furto nelle XII Tavole en el diritto attico* (Milán, 2004).

PÉREZ LÓPEZ, X.

- *La delegación de jurisdicción en el Derecho romano* (Madrid, 2011).
- «Il *praefectus urbi* reppublicano e la sua proiezione nella tarda Repubblica e nel Principato», en *Rivista di Diritto Romano*, 13 (2013), ap. 3.

PERIÑÁN, B.

- «El Principio “*Semel heres semper heres*” y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano», en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 27 (Valparaíso, 2005), pp. 123-139.

PERNICE, A.

- *Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. II (Halle, 1873).
- *Juristische Abhandlungen: Festgabe für Georg Beseler* (1885).
- «Parerga. Das Tribunal und Ulpian's Bücher de omnibus tribunalis», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 14 (1893), pp. 135-182.
- *Marcus Antistius Labeo: Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* (Halle, 1900).

PEROZZI, S.

- «Il tutore impubere», en *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze morali. Sezione giuridica* (Bologna, 1918), pp. 3-64 (= en *Scritti giuridici*, vol. 3. *Famiglia successione e scritti vari* (Milán, 1948), pp. 95-126).
- «Parentela e gruppo parentale. Problemi di origine», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 31 (1921), pp. 88-143 (= *Scritti giuridici 3. Famiglia, successione e scritti vari* (Milán, 1948), pp. 3-59).
- *Istituzioni di diritto romano* (Roma, 1928, reimp. Milán, 1947).

PERUZZI, E.

- *Origini di Roma*, vol. 1 (Bologna, 1970).
- PETIT, E.
- *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por J. Ferrández González (Madrid, 1926).
- PFLÜGER, H. H.
- *Nexum und Mancipium* (Leipzig, 1908).
- POKORNY, J.
- *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch* (Berna, 1959).
- PÓLAY, E.
- «Das regimen morum des Zensors und die sogenannte Hausgerichtbarkeit», en *Studi in onore di E. Volterra III* (Milán, 1971), pp. 263 ss.
- POTHIER, R. J.
- *Le pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*, vol. I, trad. italiano Bizzarrini (Venecia, 1833).
- PUGLIESE, G.
- «Aperçu historique de la famille romaine», en *Annales de la faculté de Droit d'Istanbul*, vol. IV-V (1955), pp. 11-23 (= *Scritti giuridici scelti* 3 (1985), pp. 319-333).
 - *Il processo civile romano. I. Le legis actiones* (Roma, 1962), *II. Il processo formulare* (Milán, 1963).
 - «Precedenti romani della moderna legislazione sui minori», en *Atti dei Convegni Lincei*, 5 (1983), pp. 111-115 (= *Scritti* 3, cit., pp. 503-545).
 - «Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano», en *Studi in onore di A. Biscardi*, 4 (Milán, 1983), pp. 469-488.
 - «Il ciclo della vita intellettuale nell'esperienza giuridica romana», en *Atti dei Convegni Lincei*, 61 (1984), pp. 55 ss.
 - *Istituzioni di diritto romano* (Turín, 1990).
- PUGSLEY, D.
- «Animus furandi», en *Sodalitas A. Guarino*, 5 (Nápoles, 1984), pp. 731-748.
- QUADRATO, R.
- QUADRATO, R., «I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 15 (1969), pp. 362-377.
 - «Petizione di eredità (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, 33, (Milán, 1983).
 - «Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso “debole” nel linguaggio dei giuristi romani», en *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano* (Milán, 2001), pp. 155-194.
- RABELLO, A. M.
- «L'acquisto della patria potestas», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 21 (1975), pp. 172-192.
 - *Effetti personali della “patria potestas”. I. Dalle origini al periodo degli Antonini* (Milán, 1979).

REICHELT, H.

- «Studien zur lateinischen Laut- und Formenlehre», en *Zeitschrift für vergleichende Sprachwissenschaft auf dem Gebiete der Indogermanischen Sprachen*, 46, B.4, (1914), pp. 309-350.

RESINA, P.

- *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano* (Madrid, 1996).

RIBAS ALBA, J. M.

- *Persona: Desde el Derecho romano a la teología cristiana* (Granada, 2012).
- *Democracia en Roma, Introducción al Derecho electoral romano* (Granada, 2009).

RICCOBONO, S.

- «*Interdictum-actio*», en *Festschrift Paul Koschaker zum 60. Geburtstag*, 2 (Weimar, 1939), pp. 368 ss.

RICHARDSON, J. S.

- «The Purpose of the *Lex Calpurnia de Repetundis*», en *The Journal of Roman Studies*, 77 (1987), pp. 1-12.

RIZELLI, G.

- *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali* (Lecce, 2000).

ROBBE, U.

- «Origine e concetto della eredità», en *Studi Cagliari*, 25 (1937), pp. 247 ss.
- *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico* (Milán, 1953).

RODRÍGUEZ MONTERO, R. P.

- «Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma», en *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio* (Almería, 2012), pp. 205-218 (= *Studia et documenta historiae et iuris*, 79 (2013), pp. 305-324).

ROMEO, S.

- *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi* (Milán, 2010).

ROTONDI, G.

- *Leges publicae populi Romani* (Milán, 1912).

RUDORFF, A. A. F.

- *Das Recht der Vormundschaft*, vol. I (Berlín, 1832).
- *De iuris dictione Edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt* (1869), reimpr., con presentación de Rafael Domingo (Pamplona, 1997).

RUGGIERO, A.

- «Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico», en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino IV* (Nápoles, 1984), pp. 1593-1600.

RÜMELIN, M.

- *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprocess* (Friburgo, 1886).

RUSSO RUGGERI, C.

- *La datio in adoptionem. I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale* (Milán, 1990).
- «Ancora in tema di *iudicium domesticum*», en *Iuris Antiqui Historia. An International Journal on Ancient Law*, 2 (2010), pp. 1-51.

SACCHI O.

- «L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 68 (2002), pp. 589-624.
- «Il mito del *pius agricola* e riflessi del conflitto agrario dell'epoca catoniana nella terminologia dei giuristi medio/tardo repubblicani», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 49 (2002), pp. 241-288.
- «Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali (*Gai.* 1.145). Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale», en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 50 (2003), pp. 317-359.
- «I "*maiores*" e la teoria della "*fides*" ciceroniana: Indagine sulla dimensione storico-giuridica del giuramento in età repubblicana», en *Filia scritti per Gennaro Franciosi*, vol. 4, (2007), pp. 2383-2422.

SACHERS, E.

- s.v. «Tutela», en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 7 A.
- s.v. «Paterfamilias», en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 18, t. 4 (1978).
- «Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der Klassischen Zeit», en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), pp. 310-363.

SANNA, M. V.

- «Dal *ius vitae ac necis* di una *lex regia* al *ius occidendi* della *lex iulia de adulteriis*. Note e interrogativi», en *Iuris Antiqui Historia* (2014), pp. 11-36.

SANFILIPPO, C.

- SANFILIPPO, C., «Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano», en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I (Weimar, 1951), pp. 364-371.
- *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles, 1960).

SANTALUCIA, B.

- *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (Milán, 1989).
- *Studi di diritto penale romano* (Roma, 1994).
- *Diritto ereditario romano. Le fonti* (Bologna, 1999).
- «"Accusatio" e "inquisitio" nel processo penale romano di età imperiale», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 14 (2002), pp. 179-193.

- *Diritto privato romano. Un profilo storico* (Turín, 2003).
- *Altri studi di diritto penale romano* (Padua, 2010).

SANTORO, R.

- «Potere e azione nell'antico diritto romano», in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 30 (1967), pp. 103-610.

SANZ MARTÍN, L.

- *La tutela en el Derecho romano* (Madrid, 2009).
- *Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico*, in *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII (2010).

SARGENTI, M.

- «Studi sulla “*restitutio in integrum*”», in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 69 (1966), pp. 193-298.

SAVIGNY, K.

- *System des heutigen römischen Rechts* (Berlín, 1840).
- *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, vol. II (Berlín, 1853).

SCHEID, J.

- *La religion des Romains* (París, 1998).

SCHERILLO G.

- «*La in iure cessio dell'eredità*», in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, 4 (Padua, 1950), pp. 255-292.
- *Lezioni di istituzioni di diritto romano* (Milán, 1953).
- s.v. *Coemptio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3 (1959), p. 417.
- «*Appunti sul testamento “in procinctu” nel diritto romano*», in *Scritti Giufrè*, vol. I (Milán, 1967), pp. 781-785.
- *Corso di Diritto romano. Il testamento* (Bologna, 1999).

SCHLESINGER, P.,

- *La petizione di eredità* (Turín, 1956).

SCHMIDT, C. A.

- *Das Interdiktenverfahren der Römer: in geschichtlicher Entwicklung* (1853; reimp. Leipzig, 1970).

SCHULZ, F.

- *Classical Roman Law* (Oxford, 1951).
- *Prinzipien des römischen Rechts* (Berlín, 1934).

SCHWARZ, A. B.

- «Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 69 (1952), pp. 345-387.
- «Studien zur *hereditatis petitio*», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24 (1956), pp. 297-323.

SCIALOJA, V.

- *Diritto ereditario romano*, vol. I (Roma, 1915).
- «Prefazione a “Le azioni popolari romane di Bruns”», en *Archivio Giuridico*, 28 (1882) (= en *Studi Giuridice*, vol. I (Roma, 1933), pp. 108 ss.).
- *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti* (Roma, 1936).

SCIASCIA, G.

- «Carfania e as mulheres advogadas», en *Varietá Giuridiche, Scritti Brasiliani di Diritto Romano e Moderno* (Milán, 1956), pp. 13 ss.

SCIORTINO, S.

- «*Lege agere pro tutela*», en *Iuris Antiqui Historia* (Ferrara, 2007), pp. 159-193.

SERRAO, F.

- *Diritto privato, economia e società nella Storia di Roma. I. Prima parte* (Nápoles, 1984).
- «Individuo, famiglia e società nell'epoca decemvirale», en *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del Convegno di diritto romano, Copanello 3-7 giugno 1984* (Nápoles, 1988), pp. 85-119.

SIBER, H.

- *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II: Römisches Privatrecht* (Berlín, 1928).

SITZIA, F.

- «*Recensión de P. ZANNINI, Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*», (Turín, 1976), en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 27 (1976), pp. 169-176; 30 (1979), pp. 173-178.

SOLAZZI, S.

- «La questione dell'autenticità delle XII Tavole», en *Annuario dell'Università di Urbino* (1902-1903), pp. 3 ss.
- «Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 22 (1910), pp. 5-108 (= *Scritti di diritto romano*, 1 (Nápoles, 1955), pp. 371-577).
- *I modi di accettazione dell'eredità* (Padua, 1912).
- *La minore età nel diritto romano* (Roma, 1912).
- «Tutele e curatele. I. Administratio e *satisfactio* dei tutori», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 53 (1913), pp. 263-292 (= *Scritti di diritto romano* (Nápoles, 1957), pp. 1-22).

- «Tutele e curatele. II. Tutela dativa», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 54 (1914), pp. 17-35 (= *Scritti di diritto romano* 2, cit., pp. 23-36).
- «L' "abdicatio tutelae" e BGU. 1113», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 48 (1915), pp. 985-992 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 93-99).
- «La restitutio in integrum del pupillo», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 27 (1915), pp. 296-310 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 81-92).
- «Tutor suspectus», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 28 (1916), pp. 131-188 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 101-146).
- «Contro la rappresentanza del defunto», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 58 (1916), pp. 277-286.
- «La "lex Atilia" nel Digesto», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 49 (1916), pp. 640 ss. (= *Scritti di diritto romano* III, cit., pp. 103-118).
- «Sull'actio rationibus distrahendis», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 50 (1917), pp. 178-190 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 201-210).
- *Curator impuberis* (Roma, 1917).
- «Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l'Impero romano», en *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, vol. 77.2 (1917), pp. 1-24 (= *Scritti* II, cit., pp. 211-228).
- «Sul senadoconsulto di Gaio 1. 182», en *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze storiche e filologiche*, 54 (1918-1919), pp. 955-969 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 275-286).
- «Sulla regola: Tutorem habenti tutor dari non potest», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 52 (1919), pp. 227-238.
- «Tra l'actio rationibus distrahendis e l'actio tutelae», en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 53 (1920), pp. 121-132 (= *Scritti di diritto romano*, vol. II, cit., pp. 287-295).
- «L'età del tutore», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 64 (1920), pp. 2-53 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 313-352).
- «Console e pretore urbano nella datio tutoris», en *Archivio Giuridico*, 85 (1921), pp. 278-288 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 393-401).
- «Fantasie e riflessioni sulla storia della tutela. 1. L'abdicatio tutelae», en *Studi nelle scienze giuridiche e sociali di Pavia*, 6 (1921), pp. 115-186 (= *Scritti*, 2, cit., pp. 421-455).
- «Studi sulla tutela», en *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Modena* (1925), pp. 1-49 (= *Scritti di diritto romano* 3 (Nápoles, 1960), pp. 81-118).
- «La dispensa del tutore dopo Marco Aurelio», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 35 (1927), pp. 55-60 (= *Scritti*, 3, cit., pp. 157-161).
- «La legge delle XII tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante», en *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena*, 30 (1928), pp. 46-58 (= *Scritti*, 3, cit., pp. 219-228).
- *Istituti tutelari* (Nápoles, 1929).
- «Ancora sull'edictum de postulando», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 37 (1929), pp. 1-32 (= en *Studi di Diritto Romano*, 3 (Nápoles, 1960), pp. 307 ss.).
- «"Infirmitas aetatis" e "infirmitas sexus"», en *Archivio Giuridico*, 104 (1930), pp. 3-31 (= *Scritti*, 3, cit., pp. 357-377).
- «Sui possesso del suus heres», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 39 (1931), pp. 79-91.

- *Diritto ereditario romano*, vol. 1 (Nápoles, 1932).
- «*Societas e communio*», en *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, 62 (1935), pp. 1-26.
- «Glosse a Gaio», en *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 1 (Palermo, 1936), pp. 73-191 (= *Scritti di diritto romano* 6 (Nápoles, 1972), pp. 153-267).
- «*Orme di editti pretori in CI 2,12,3*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 3 (1937), pp. 123-134.
- «*Tutore e periculum culpa*», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 4 (1938), pp. 135-151 (= *Scritti di diritto romano* 6 (Nápoles, 1963), pp. 556-559).
- «La liberazione delle Vestali dalla tutela in *Gai* 1.145», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 9 (1943), pp. 113-116 (= *Scritti di diritto romano* 6 (Nápoles, 1972), pp. 556-559).
- «L'età del *infans*», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 49-50 (1947), pp. 354-360 (= *Scritti* 4, cit., pp. 653-657).
- «Da "*tutorem do*" a "*tutor esto*"», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 13-14 (1948), pp. 301-306 (= *Scritti* 6, cit., pp. 559-566).
- «Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di *Gai*. 1.182», en *Archivio Giuridico*, 6 (1949), pp. 3-8 (= *Scritti* 5, cit., pp. 149-153).
- «L'istruzione del pupillo», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 17 (1951), pp. 249-252 (= *Scritti* 6, cit., pp. 605-609).
- «L' "*in iure cessio hereditatis*" e la natura dell'antica "*hereditatis*"», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 3 (1952), pp. 21-47.
- «Appunti di critica gaiana», en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 3 (Nápoles, 1953), pp. 89-113 (= *Scritti di diritto romano*, 5 (Nápoles, 1972), pp. 441-461).
- «"*Quodam modo*" nelle istituzioni di Gaio», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 19 (1953), pp. 104-133.
- «*Qui infanti proximi sunt*», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 1 (1955), pp. 7-20 (= *Scritti* 5, cit., pp. 579-592).
- «La *datio tutoris* nelle tavolette di Ercolano», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 2 (1956), pp. 7-17.
- «L'obbligo dell'erede in *Gai II*, 35-36», en *Studi De Francisci*, 4 (1956), pp. 237-262.
- «*Ius liberorum* e alfabetismo», en *Scritti di Diritto Romano*, vol. II (Nápoles, 1957), pp. 230 ss.

SORDI, M.

- «*Pax deorum* e libertà religiosa nella storia di Roma», en *La pace nel mondo antico* (Milán, 1985), pp. 146 ss.

SPAGNUOLO VIGORITA, T.

- «*Imperium mixtum*. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione '*procuratoria*'», en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International survey of Roman law*, 18 (Nápoles, 1990), pp. 113 ss.

SPERANDIO, M. U.

- «*Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani*». Il «*liber singularis regularum*» pseudoulpiano e il «*codex vaticanus reginae 1128*», in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 58 (2011), pp. 357 ss.

STEPAN, S.

- *Scaevola noster: Schulgut in den "libri disputationum" des Claudius Tryphoninus?* (Heidelberg, 2018).

SUMNER MAINE, H.

- *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (Londres, 1861).

TAFARO, S.

- *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. ricerche sulla responsabilità contrattuale*, vol. I (Bari, 1984).
- *Pubes e viripotens nell'esperienza giuridica romana* (Bari, 1988).
- *La pubertà in Roma. Profili giuridici* (Bari, 1991).
- «Breves notas sobre los infantes en el Derecho Romano», in *Revista de Derecho Privado*, 14 (2008), pp. 5-34.

TALAMANCA, M.

- *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milán, 1956).
- «Per la storia della giurisprudenza romana», in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 80 (1977), pp. 195-344.
- «Lo schema "genus-species" nelle sistematiche dei giuristi romani», in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. II (Roma, 1977), pp. 4 ss.
- «Società (dir. rom.)», in *Enciclopedia del diritto*, 42 (1990).
- *Istituzioni di diritto romano* (Milán, 1990).
- «Il riordinamento augusteo del processo privato», in AA.VV., *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (Atti Copanello 1996), pp. 63-261.
- «L'acquisto dell'eredità da parte dei 'gentiles' in XII tab. 5. 5», in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage a la memoire de André Magdelein* (París, 1998), pp. 447-476.
- «La bona fides nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento», in AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore de A. Burdese*, vol. IV (Padua, 2003), pp. 1-312.

TAUBENSCHLAG, R.

- *Vormundschaftrechtliche Studien: Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts* (Leipzig-Berlin, 1913).

TERRANOVA, F.

- *Ricerche sul testamentum per aes et libram* (Palermo, 2011).
- «Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta *mancipatio familiae*», in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 53 (2009), pp. 301-335.

THOMAS, J.A.C.

- «*Animus furandi*», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 19 (1968), pp. 1-32.

TOMULESCU, C.

- *Le rapports entre le mariage et la manus*, en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 18 (1971), pp. 723-733.

TONDO, S.

- «Acquisto del possesso da parte del pupillo», en *Studi in onore di E. Betti*, 4 (Milán, 1962), pp. 363-399.
- «Il consorzio domestico nella Roma antica», en *Atti e Memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere "La Colombaria"*, 40 (1975), pp. 131 ss.

TORRENT, A.

- «*Consortium ercto non cito*», en *Anuario de Historia del Derecho español*, 34 (1964), pp. 479-502.
- *Venditio hereditatis, La venta de herencia en Derecho Romano* (Salamanca, 1966).
- «Cronología, finalidad y desaparición de la *In iure cessio hereditatis*», en *Studi in onore di Eduardo Volterra*, 3 (1971), pp. 173 ss.
- *Derecho Privado Romano* (Madrid, 2008).

TUMEDEI, C.

- *Distinzioni postclassiche riguardo all'età: "infanti proximus" e "pubertati proximus"* (Bologna, 1922).

VACCARO DELOGU, R.

- *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* (Milán, 1941).

VALDITARA, G.

- *Studi sul magister populi* (Milán, 1989).

VARELA MATEOS, E.

- «La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), pp. 535-560.
- *De contutoribus (la cotutela en Derecho Romano)*, Tesis doctoral (Madrid, 1976).

VARVARO, M.

- *Studi sulla restituzione della dote: I. La formula dell'"actio rei uxoriae"* (Turín, 2006).

VECCHI, I. G.

- «*Italian aes rude, signatum and the aes grave of Sicily*», en *Italian Cast Coinage* (Dorchester, 1979).

VENTURINI, C.

- «Ereditare ed ereditande. Appunti a margine di una recente ricerca», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 100 (2003), pp. 617-670.

- «Variazioni in tema di *tutela mulerum*», en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual* (2004), pp. 803-844.

VIARENGO, G.

- *L'excusatio tutelae nell'età del principato* (Génova, 1996).

VICO, G. B.

- *Principii di scienza nuova* (Nápoles, 1725).
- *Principii di scienza nuova*, reimpresión (Milán, 1852).

VIÑAS, A.

- *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República* (Madrid, 2007).

VITUCCI, G.

- *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale* (Roma, 1956).

VOCI, P.

- «L'esame di coscienza di uno storico e i problema del più antico sviluppo costituzionale romano», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2 (1948), pp. 125 ss.
- *Modi di acquisto della proprietà* (Milán, 1952).
- «Diritto sacro romano in età arcaica», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 19 (1953), pp. 38-103.
- «Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 19 (1953), pp. 307-315.
- «Esame della tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica», en *Studi Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, 1 (Nápoles, 1953), pp. 101-146.
- «La sostituzione pupillare nel diritto romano», en *Archivio Giuridico*, 149 (1955), pp. 3-60.
- *Diritto ereditario romano*, vol. I (Milán, 1963).
- Recensión a MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 34 (1968), pp. 397 ss.
- *Manuale di Diritto Romano* (Milán, 1984).
- «Actio rationibus distrahendis», en *Studi di Diritto romano* (Padua, 1985), pp. 649-664.

VOIGT, M.

- «Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik», en *Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Classe* 26 (Leipzig, 1874), pp. 159-227.
- *Die XII Tafeln* (Leipzig, 1883).
- *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I (Leipzig, 1892).

VOLTERRA, E.

- «Sulla capacità delle donne a far testamento», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 48 (1941), pp. 74-87.

- «Il preteso tribunale domestico in diritto romano», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2 (1948), pp. 103-153 (= *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano* (Roma, 1961), pp. 43-88).
- «Sui *mores* della familia romana», en *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Rendiconti. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, 8, 4 (1949), pp. 516-534 (= *Scritti giuridici*, VII (Nápoles, 1991), pp. 179-198).
- «Ancora sul problema della familia romana», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 6-7 (1952-53), pp. 402-412.
- *Corso di Istituzioni di diritto romano* (Roma, 1959).
- «Nuove ricerche sulla *conventio in manum*», en *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, 12 (1966), pp. 251-355.
- «La *conventio in manum* e il matrimonio romano», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 12 (1968), pp. 205-226.
- *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma, 1972).
- «L'acquisto della *patria potestas* alla morte del *pater familias*», en *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, en *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, 79 (1976), pp. 193-250.
- «Famiglia e successioni», en *Scritti giuridici* 2, (Nápoles, 1991), pp. 582-617.

WACKE, A.

- «Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 99 (1982), pp. 188-215.

WALDE, A. y HOFFMAN, J. B.

- *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg, 1938).

WALDSTEIN, W.

- *Operae libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflcht freigelassener Sklaven* (Stuttgart, 1986).

WALTER, F.

- *Storia del Diritto di Roma*, vol. II, trad. italiano Bellati (Turín, 1852).

WATSON, A.

- *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, (Nueva Jersey, 1975).
- *The Law of persons in the later Roman Republic* (Nueva York, 1967).

WENGER, L.

- *Istituzioni di procedura civile romana*, traducido al italiano por R. Orestano (Milán, 1938).
- «Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse», en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantésimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)* (Nápoles, 1948), pp. 47-66.

WESENER, G.

- «*Judicium domesticum*», en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 9 (Stuttgart, 1962), pp. 373-376.

WESTRUP, C. W.

- *La succession primitive devant l'histoire comparative* (París, 1928).
- *Introduction to early Roman Law. Comparative sociological Studies. The patriarchal joint Family. II. Joint family and Family Property* (Copenhague-Londres, 1934).
- «Alcune osservazioni circa le fonti e i metodi nell'investigazione del primo diritto romano», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 17 (1937), pp. 298-318.
- «Quelques recherches sur le problème des origines de Rome», en *Mélanges F. De Visscher*, 2 (Bruselas, 1949), pp. 551-576.

WIEACKER, F.

- *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte der römischen Gesellschaftsrecht* (Weimar, 1936).
- «*Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*», en Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber, *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien I* (1940), pp. 3-57.
- *Textstufen classischer Juristen* (Gotinga, 1960).
- «Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 80 (1963), pp. 1-41.
- *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur* (München, 1988, reimp. 2006).

WILINSKI, A.

- «Intorno all'*accusatio* e *revocatio in servitutem* del liberto ingrato», en *Studi Volterra*, II, (Milán, 1969), pp. 559-569.

WILMS, J. G. A.

- «*Bemerkungen omtrent de sociologie der oud-latijnsche familie*», en *Tijdschrift voor Economie en Sociologie*, ed. Vereeniging voor economische wetenschappen (1937), pp. 266-270.

WINKEL, L. C.

- «Quelques remarques sur l'accusation publique en droit grec et romain», en *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 29 (1982), pp. 281-294.

WIRBEL, C.

- *Le cognitor* (París, 1911).

WLASSAK, M.

- *Die klassische Prozessformel* (Viena, 1924).
- «Vindikation und Vindikationslegat», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 31 (1910), pp. 196-321.
- «Studien zum Altrömischen Erb- und Vermächtnissrecht», en *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaft in Wien, Phil-hist. Klasse*, 215 Bd. 2 (1933), pp. 3-65.

WOESS, V.

- «Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 53 (1933), pp. 372-408.

ZABLOCKA, M.

- «*Il ius trium liberorum nel diritto romano*», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 99 (1988), pp. 361-390.

ZABLOCKI, J.

- «Le più antiche forme del testamento romano», en *Ius Romanum Schola Sapientiae* (2009), pp. 548-560.

ZANNINI, P.

- *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali* (Turín, 1976).
- *Studi sulla tutela mulierum II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto* (Milán, 1979).
- «Ancora sulla *tutela mulierum* (Brevi note in margine a una recensione)», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 32 (1981), pp. 146-149.

ZLINSKY, J.

- «*Familia pecuniaque*», en *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International survey of Roman law*, 16 (1988), pp. 31 ss.

ZOZ, M. G.

- «In tema di obbligazioni alimentari», en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 73 (1970), pp. 323-355.
- «Sulla data di istituzione dei *iuridici* e del pretore tutelare», en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 38 (1987), pp. 175-178.

ZUCOTTI, F.

- «Il testamento di Publicio Malleolo», en *Studi A. Biscardi*, vol. VI (Milán, 1987), pp. 229-265.
- «Il «*furor*» del patricida e il testamento di Malleolo», en *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 37, vol. 2 (1991), pp. 174-226.
- «Il "*locus servitutis*" e la sua tutela interdittale», en *Studia et documenta historiae et iuris*, 60 (1994), pp. 159-260.
- «I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario», en *Rivista di diritto romano*, 3 (2003), ap. 12.

ÍNDICE DE FUENTES

FUENTES JURÍDICAS

FUENTES PREJUSTINIANEAS

Codex Theodosianus

Cod. Theod. 3.17.4.4

Cod. Theod. 3.30.3

Cod. Theod. 8.17.3

Cod. Theod. 8.18.8

Cod. Theod. 9.14.3.2

Cod. Theod. 9.24.1 pr.

Cod. Theod. 11.8.3.1

Cod. Theod. 11.39.3

Cod. Theod. 12.1.137.1

Collatio Legum Mosaicarum et

Romanarum

Collatio 4.8.1

Collatio 10.7.11

Collatio 16.2.1

Collatio 16.2.3

Collatio 16.2.4

Collatio 16.4.1

Collatio 16.4.1.2

Collatio 4.8.1

Collatio 10.7.11

Fragmenta Vaticana

Frag. Vat. 124

Frag. Vat. 125

Frag. Vat. 129

Frag. Vat. 130

Frag. Vat. 131

Frag. Vat. 132

Frag. Vat. 133

Frag. Vat. 134

Frag. Vat. 135

Frag. Vat. 136

Frag. Vat. 137

Frag. Vat. 138

Frag. Vat. 140

Frag. Vat. 141

Frag. Vat. 142

Frag. Vat. 144

Frag. Vat. 146

Frag. Vat. 147

Frag. Vat. 148

Frag. Vat. 149

Frag. Vat. 151

Frag. Vat. 152

Frag. Vat. 154

Frag. Vat. 155

Frag. Vat. 156

Frag. Vat. 157

Frag. Vat. 172

Frag. Vat. 173

Frag. Vat. 173a

Frag. Vat. 174

Frag. Vat. 175

Frag. Vat. 176

Frag. Vat. 177

Frag. Vat. 178

Frag. Vat. 179

Frag. Vat. 180

Frag. Vat. 181

Frag. Vat. 182

Frag. Vat. 183

Frag. Vat. 184

Frag. Vat. 185

Frag. Vat. 186

Frag. Vat. 187

Frag. Vat. 188

Frag. Vat. 189

Frag. Vat. 190
Frag. Vat. 191
Frag. Vat. 192
Frag. Vat. 193
Frag. Vat. 194
Frag. Vat. 195
Frag. Vat. 196
Frag. Vat. 197
Frag. Vat. 198
Frag. Vat. 199
Frag. Vat. 200
Frag. Vat. 201
Frag. Vat. 202
Frag. Vat. 203
Frag. Vat. 204
Frag. Vat. 205
Frag. Vat. 206
Frag. Vat. 207
Frag. Vat. 208
Frag. Vat. 209
Frag. Vat. 210
Frag. Vat. 211
Frag. Vat. 212
Frag. Vat. 213
Frag. Vat. 214
Frag. Vat. 215
Frag. Vat. 216
Frag. Vat. 217
Frag. Vat. 218
Frag. Vat. 219
Frag. Vat. 220
Frag. Vat. 221
Frag. Vat. 222
Frag. Vat. 223
Frag. Vat. 224
Frag. Vat. 229
Frag. Vat. 230
Frag. Vat. 232
Frag. Vat. 233
Frag. Vat. 234
Frag. Vat. 235
Frag. Vat. 236
Frag. Vat. 238
Frag. Vat. 239

Frag. Vat. 240
Frag. Vat. 241
Frag. Vat. 242
Frag. Vat. 244
Frag. Vat. 245
Frag. Vat. 246
Frag. Vat. 247
Frag. Vat. 325
Frag. Vat. 326
Frag. Vat. 340
Frag. Vat. 340b

Gai Institutionem

Gai. 1.4
 Gai. 1.49
 Gai. 1.52
 Gai. 1.55
 Gai. 1.97
 Gai. 1.98
 Gai. 1.99
 Gai. 1.101
 Gai. 1.104
 Gai. 1.109
 Gai. 1.110
 Gai. 1.111
 Gai. 1.114
 Gai. 1.115
 Gai. 1.115b
 Gai. 1.116
 Gai. 1.117
 Gai. 1.118
 Gai. 1.118a
 Gai. 1.119
 Gai. 1.120
 Gai. 1.121
 Gai. 1.122
 Gai. 1.123
 Gai. 1.132
 Gai. 1.136
 Gai. 1.138
 Gai. 1.141
 Gai. 1.142
 Gai. 1.144

Gai. 1.145	Gai. 2.84
Gai. 1.146	Gai. 2.86
Gai. 1.147	Gai. 2.101
Gai. 1.148	Gai. 2.102
Gai. 1.149	Gai. 2.103
Gai. 1.150	Gai. 2.104
Gai. 1.151	Gai. 2.105
Gai. 1.152	Gai. 2.109
Gai. 1.153	Gai. 2.115
Gai. 1.154	Gai. 2.116
Gai. 1.155	Gai. 2.119
Gai. 1.157	Gai. 2.121
Gai. 1.159	Gai. 2.139
Gai. 1.165	Gai. 2.149a
Gai. 1.166	Gai. 2.152
Gai. 1.168	Gai. 2.153
Gai. 1.169	Gai. 2.154
Gai. 1.170	Gai. 2.156
Gai. 1.171	Gai. 2.157
Gai. 1.182	Gai. 2.159
Gai. 1.184	Gai. 2.161
Gai. 1.185	Gai. 2.219
Gai. 1.186	Gai. 2.224
Gai. 1.187	Gai. 2.225
Gai. 1.188	Gai. 2.226
Gai. 1.189	Gai. 2.227
Gai. 1.190	Gai. 2.229
Gai. 1.191	Gai. 3.2
Gai. 1.194	Gai. 3.3
Gai. 1.195	Gai. 3.8
Gai. 1.196	Gai. 3.11
Gai. 1.200	Gai. 3.13
Gai. 2.14	Gai. 3.14
Gai. 2.24	Gai. 3.17
Gai. 2.34	Gai. 3.40
Gai. 2.35	Gai. 3.44
Gai. 2.35	Gai. 3.58
Gai. 2.36	Gai. 3.85
Gai. 2.37	Gai. 3.86
Gai. 2.50	Gai. 3.87
Gai. 2.65	Gai. 3.106
Gai. 2.66	Gai. 3.107
Gai. 2.80	Gai. 3.108
Gai. 2.83	Gai. 3.109

Gai. 3.114
 Gai. 3.154
 Gai. 3.154a
 Gai. 3.154b
 Gai. 3.185
 Gai. 3.190
 Gai. 3.192
 Gai. 4.11
 Gai. 4.12
 Gai. 4.13
 Gai. 4.14
 Gai. 4.15
 Gai. 4.16
 Gai. 4.17
 Gai. 4.17a
 Gai. 4.18
 Gai. 4.19
 Gai. 4.20
 Gai. 4.21
 Gai. 4.22
 Gai. 4.23
 Gai. 4.24
 Gai. 4.25
 Gai. 4.26
 Gai. 4.27
 Gai. 4.28
 Gai. 4.29
 Gai. 4.30
 Gai. 4.31
 Gai. 4.60
 Gai. 4.82
 Gai. 4.94
 Gai. 4.95
 Gai. 4.102
 Gai. 4.112
 Gai. 4.139
 Gai. 4.140
 Gai. 4.142
 Gai. 4.144
 Gai. 4.166
 Gai. 4.170
 Gai. 4.182
 Gai. 4.183

Gai Epitome

Epit. Gai 1.4.5.7 pr.

Epit. Gai 1.7.2

Leges municipales

Lex Ursonensis 71

Lex Ursonensis 109

lex Salpensana 29

lex Irnitana 29; 84

Lex XII Tabularum

XII Tab. 4.2b

XII Tab. 5.3

XII Tab. 5.4

XII Tab. 5.5

XII Tab. 5.6

XII Tab. 5.7

XII Tab. 5.7c

XII Tab. 5.8

XII Tab. 8.2

XII Tab. 8.3

XII Tab. 8.4

XII Tab. 8.9

XII Tab. 8.10

XII Tab. 8.14

XII Tab. 8.16

XII Tab. 8.19

XII Tab. 8.20a

XII Tab. 8.21

XII Tab. 8.22

XII Tab. 8.23

XII Tab. 8.24a

XII Tab. 8.24b

XII Tab. 9.3

XII Tab. 9.5

XII Tab. 10.1

XII Tab. 12.4

Pauli Receptae Sententiae

Paul. Sent. 1.7.2
Paul. Sent. 2.12.11
Paul. Sent. 2.14.6
Paul. Sent. 2.27
Paul. Sent. 2.27.5
Paul. Sent. 2.27.6
Paul. Sent. 2.30
Paul. Sent. 3.6.29
Paul. Sent. 4.12.7
Paul. Sent. 5.4.2

Scholia Sinaitica

Schol. Sin. 20.54
Schol. Sin. 48

Tituli ex corpore Ulpiani

Tit. Ulp. 1.9
Tit. Ulp. 2.4
Tit. Ulp. 8.3
Tit. Ulp. 8.6
Tit. Ulp. 10.1
Tit. Ulp. 11.1
Tit. Ulp. 11.3
Tit. Ulp. 11.5
Tit. Ulp. 11.6
Tit. Ulp. 11.7
Tit. Ulp. 11.8

Tit. Ulp. 11.13
Tit. Ulp. 11.14
Tit. Ulp. 11.17
Tit. Ulp. 11.18
Tit. Ulp. 11.23
Tit. Ulp. 11.24
Tit. Ulp. 11.25
Tit. Ulp. 11.28
Tit. Ulp. 12.1
Tit. Ulp. 12.2
Tit. Ulp. 19.11
Tit. Ulp. 19.12
Tit. Ulp. 19.13
Tit. Ulp. 19.14
Tit. Ulp. 19.15
Tit. Ulp. 19.17
Tit. Ulp. 20.1
Tit. Ulp. 20.2
Tit. Ulp. 20.3
Tit. Ulp. 20.9
Tit. Ulp. 22.24
Tit. Ulp. 26.1
Tit. Ulp. 26.1a
Tit. Ulp. 26.7
Tit. Ulp. 26.8
Tit. Ulp. 27.5
Tit. Ulp. 28.6
Tit. Ulp. 29.1
Tit. Ulp. 29.3
Tit. Ulp. 29.6

CORPUS IURIS CIVILIS

Digesto

D. 1.1.1	D. 3.1.1.5
D. 1.1.3	D. 3.2.1
D. 1.1.9	D. 3.2.2.2
D. 1.2.2.33	D. 3.2.20
D. 1.3.33	D. 3.3.3
D. 1.9.1	D. 3.3.8
D. 1.9.12.1	D. 3.3.19
D. 1.2.2.27	D. 3.3.25
D. 1.2.2. 28	D. 3.3.39.7
D. 1.2.2.35	D. 3.3.54
D. 1.2.2.41	D. 3.3.73
D. 1.2.2.43	D. 3.5.3.5
D. 1.5.9	D. 3.5.43
D. 1.7.1.1	D. 4.1.2
D. 1.12.1 pr.	D. 4.3.1.2
D. 1.12.1.4	D. 4.4.11.2
D. 1.12.1.7	D. 4.4.38 pr.
D. 1.12.1.12	D. 4.5.1
D. 1.16.7.2	D. 4.5.3.1
D. 1.18.1	D. 4.5.7 pr.
D. 1.18.4	D. 4.8.27.5
D. 1.18.10	D. 5.1.2 pr.
D. 1.18.11	D. 5.1.2.1
D. 1.21.3	D. 5.1.2.2
D. 1.21.4	D. 5.1.12.2
D. 2.1.5	D. 5.1.75
D. 2.1.7 pr.	D. 5.2.29
D. 2.1.15 pr.	D. 5.4.3
D. 2.1.16	D. 6.1.20
D. 2.1.17	D. 7.2.2 pr.
D. 2.3.1	D. 7.7.6.1
D. 2.4.4.1	D. 8.2.5
D. 2.4.10.12	D. 8.3.30
D. 2.12.2	D. 8.7.2
D. 2.14.28 pr.	D. 9.1.1 pr.
D. 2.15.8.10	D. 9.3.1
D. 3.1.1 pr.	D. 9.3.6
D. 3.1.1.3	D. 10.2.1 pr.
	D. 10.3.28

D. 11.7.5	D. 26.2.11.1
D. 11.7.8.2	D. 26.2.11.2
D. 12.6.26.13	D. 26.2.11.3
D. 12.6.34	D. 26.2.11.4
D. 14.2.2.2	D. 26.2.16 pr.
D. 15.1.50.3	D. 26.2.17.1
D. 16.1.2.2	D. 26.2.19.1
D. 16.1.3	D. 26.2.19.2
D. 16.1.29	D. 26.2.20.1
D. 16.3.1.2	D. 26.2.21
D. 16.3.7.1	D. 26.2.23 pr.
D. 17.1.32	D. 26.2.23.1
D. 17.2.7	D. 26.2.25
D. 19.1.13.29	D. 26.2.27
D. 21.1.18 pr.	D. 26.2.27.1
D. 21.1.41	D. 26.2.28
D. 21.2.72	D. 26.2.28.2
D. 22.6.9 pr.	D. 26.2.29
D. 23.1.14	D. 26.2.31
D. 23.2.3	D. 26.2.32.2
D. 23.2.9 pr.	D. 26.2.33
D. 24.1.28.1	D. 26.3.1.1
D. 24.2.2.1	D. 26.3.1.2
D. 25.3.5.2	D. 26.3.1.3
D. 26.1.1 pr.	D. 26.3.1.10
D. 26.1.2	D. 26.3.2 pr.
D. 26.1.9	D. 26.3.2.1
D. 26.1.10	D. 26.3.4
D. 26.1.14 pr.	D. 26.3.5
D. 26.1.14.1	D. 26.3.6
D. 26.1.14.2	D. 26.3.7 pr.
D. 26.1.14.3	D. 26.3.7.1
D. 26.1.14.4	D. 26.3.8
D. 26.1.14.5	D. 26.3.10
D. 26.1.16 pr.	D. 26.4.1 pr.
D. 26.1.18	D. 26.4.3.7
D. 26.2.1 pr.	D. 26.4.3.8
D. 26.2.3.1	D. 26.4.5
D. 26.2.4	D. 26.4.5.2
D. 26.2.6	D. 26.4.5.3
D. 26.2.8.3	D. 26.4.6
D. 26.2.10.2	D. 26.4.7
D. 26.2.11	D. 26.4.8
D. 26.2.11 pr.	D. 26.5.2

D. 26.5.3	D. 26.7.15
D. 26.5.5	D. 26.7.16
D. 26.5.10	D. 26.7.18.1
D. 26.5.13.2	D. 26.7.19
D. 26.5.15	D. 26.7.20
D. 26.5.16	D. 26.7.22
D. 26.5.18	D. 26.7.24
D. 26.5.19	D. 26.7.27
D. 26.5.24	D. 26.7.30
D. 26.5.26	D. 26.7.32 pr.
D. 26.5.29	D. 26.7.39.6
D. 26.6.2 pr.	D. 26.7.39.16
D. 26.6.2.1	D. 26.7.41
D. 26.6.2.2	D. 26.7.46
D. 26.6.4	D. 26.7.46.5
D. 26.6.4.2	D. 26.7.46.7
D. 26.6.4.4	D. 26.7.47 pr.
D. 26.7.1 pr.	D. 26.7.47.5
D. 26.7.1.1	D. 26.7.49
D. 26.7.1.2	D. 26.7.53
D. 26.7.3.2	D. 26.7.55.1
D. 26.7.5 pr.	D. 26.7.57 pr.
D. 26.7.5.2	D. 26.7.58.1
D. 26.7.5.5	D. 26.7.58.3
D. 26.7.5.6	D. 26.8.1 pr.
D. 26.7.5.9	D. 26.8.1.1
D. 26.7.5.10	D. 26.8.3
D. 26.7.7	D. 26.8.4
D. 26.7.7 pr.	D. 26.8.5.1
D. 26.7.7.1	D. 26.8.8
D. 26.7.7.3	D. 26.8.9 pr.
D. 26.7.7.4	D. 26.8.9.1
D. 26.7.7.6	D. 26.8.9.5
D. 26.7.7.8	D. 26.8.9.6
D. 26.7.7.9	D. 26.8.17
D. 26.7.9.3	D. 26.9.6
D. 26.7.9.8	D. 26.9.7
D. 26.7.9.9	D. 26.46.2
D. 26.7.12.2	D. 26.10.1.1
D. 26.7.12.3	D. 26.10.1.2
D. 26.7.12.4	D. 26.10.1.3
D. 26.7.13.1	D. 26.10.1.4
D. 26.7.13.2	D. 26.10.1.5
D. 26.7.14	D. 26.10.1.6

D. 26.10.1.7	D. 27.1.21.2
D. 26.10.1.8	D. 27.1.21.3
D. 26.10.2	D. 27.1.24
D. 26.10.3.1-18	D. 27.1.28 pr.
D. 26.10.4.1-4	D. 27.1.29.1
D. 26.10.5	D. 27.1.30 pr.
D. 26.10.6	D. 27.1.30.3
D. 26.10.7.1	D. 27.1.31 pr.
D. 26.10.7.2	D. 27.1.32
D. 26.10.7.3	D. 27.1.33
D. 26.10.8	D. 27.1.34
D. 26.10.9	D. 27.1.35
D. 26.10.10	D. 27.1.36
D. 26.10.11	D. 27.1.36.1
D. 26.10.12	D. 27.1.40.1
D. 27.1.1.4	D. 27.1.45 pr.
D. 27.1.2 pr.	D. 27.1.45.1
D. 27.1.3	D. 27.1.46.2
D. 27.1.5	D. 27.2.1.2
D. 27.1.6.1-11	D. 27.2.3 pr.
D. 27.1.6.13	D. 27.2.3.1
D. 27.1.6.14	D. 27.2.3.3
D. 27.1.6.15	D. 27.2.3.5
D. 27.1.6.17	D. 27.2.6
D. 27.1.6.19	D. 27.3.1.3
D. 27.1.8.9	D. 27.3.1.7
D. 27.1.9	D. 27.3.1.15
D. 27.1.10 pr.	D. 27.3.1.19
D. 27.1.10.4	D. 27.3.1.21
D. 27.1.10.37	D. 27.3.1.22
D. 27.1.12.1	D. 27.3.1.23
D. 27.1.13. pr.	D. 27.3.1.24
D. 27.1.13.1	D. 27.3.2 pr.
D. 27.1.13.8	D. 27.3.2.1
D. 27.1.13.2	D. 27.3.2.2
D. 27.1.13.12	D. 27.3.4 pr.
D. 27.1.17.2	D. 27.3.4.3
D. 27.1.17.3	D. 27.3.9 pr.
D. 27.1.17.5	D. 27.3.9.1
D. 27.1.17.6	D. 27.3.9.2
D. 27.1.17.34	D. 27.3.9.5
D. 27.1.19	D. 27.4.2
D. 27.1.20	D. 27.4.3.1-4
D. 27.1.21 pr.	D. 27.4.3.6

D. 27.4.4	D. 38.6.9
D. 27.5.4	D. 38.10.10.3
D. 27.8.1.3	D. 38.16.3.9
D. 27.8.1.6	D. 38.17.2
D. 27.8.1.10	D. 38.17.2.26
D. 27.8.2	D. 38.17.2.27
D. 27.9.1 pr.-4	D. 38.17.2.32
D. 27.9.3.4	D. 39.1.10
D. 27.9.5.15	D. 39.1.11
D. 27.9.9	D. 39.3.1.18
D. 27.9.10	D. 39.6.3
D. 27.10.1 pr.	D. 39.6.5
D. 27.10.7	D. 40.2.1
D. 27.10.9	D. 40.2.16 pr.
D. 28.1.1	D. 40.2.24
D. 28.1.20.8	D. 40.5.11
D. 28.2.9.2	D. 40.9.12.6
D. 28.2.11	D. 40.12.12.1
D. 28.5.3.3	D. 41.1.1
D. 28.5.84.1	D. 41.2.1.1
D. 28.5.89 (88)	D. 41.2.13.4
D. 28.7.19	D. 41.2.32.2
D. 29.1.1 pr.	D. 41.3.37 pr.
D. 29.2.9	D. 41.4.7.3
D. 29.2.25.4	D. 41.4.7.5
D. 29.2.37	D. 41.4.10
D. 29.3.1.2	D. 42.1.4.7
D. 29.5.23	D. 42.1.14
D. 29.5.24	D. 42.4.3 pr.
D. 29.5.25.2	D. 42.4.7
D. 30.12.2 pr.	D. 42.5.31.1
D. 31.34 pr.	D. 42.5.31.2
D. 31.76.6	D. 43.24.11.7
D. 32.50 pr.	D. 43.26.1.1
D. 33.8.16	D. 43.26.8.3
D. 34.2.35.1	D. 43.29.3 pr.
D. 34.9.21	D. 43.29.3.10
D. 35.1.44.5	D. 43.29.3.11
D. 36.1.76.1	D. 44.2.7.4
D. 37.1.3	D. 44.7.1.13
D. 37.4.16	D. 45.1.141.2
D. 37.5.1.1	D. 46.3.10
D. 38.1.17	D. 46.3.14.1
D. 38.1.37.1	D. 46.3.14.2

D. 46.3.14.4
 D. 46.3.14.5
 D. 46.3.14.6
 D. 46.6.6
 D. 46.6.12
 D. 46.8.6
 D. 47.2.1.3
 D. 47.2.33
 D. 47.2.57.4
 D. 47.12.3 pr.
 D. 47.12.3.12
 D. 47.17.3
 D. 47.23.1
 D. 47.23.2
 D. 47.23.3.1
 D. 47.23.6
 D. 48.2.1
 D. 48.2.2.1
 D. 48.2.8
 D. 48.2.11
 D. 48.2.16
 D. 48.5.30.6
 D. 48.10.18
 D. 48.16.1.10
 D. 48.16.1.11
 D. 48.18.1.1
 D. 48.18.1.6
 D. 48.18.1.27
 D. 48.18.15.1
 D. 48.19.22
 D. 48.19.38
 D. 49.1.4.3
 D. 49.1.20 pr.
 D. 49.4.1.1
 D. 49.4.1.14
 D. 49.5.3
 D. 49.8.1.2
 D. 49.14.18 pr.
 D. 49.16.4.6
 D. 49.16.4.7
 D. 50.1.15 pr.
 D. 50.2.50.
 D. 50.4.18.11
 D. 50.6.4

D. 50.16.53 pr.
 D. 50.16.119
 D. 50.16.120
 D. 50.16.122
 D. 50.16.162 pr.
 D. 50.16.178.1
 D. 50.16.195.1-5
 D. 50.16.196.1
 D. 50.16.208
 D. 50.16.209
 D. 50.16.239
 D. 50.16.246 pr.
 D. 50.17.2 pr.
 D. 50.17.5
 D. 50.17.62
 D. 50.17.73.1
 D. 50.17.157

Código de Justiniano

C.I. 1.3.51 (52) pr. (a. 531)
 C.I. 1.55.9.1 (a. 409)
 C.I. 2.13.18 (a. 294-305)
 C.I. 2.18.1 (a. 196)
 C.I. 3.6.2 (a. 294)
 C.I. 4.20.9.1 (a. 334)
 C.I. 4.29.5 (a. 224)
 C.I. 5.28.4 (a. 224)
 C.I. 5.29.1 (a. 224)
 C.I. 5.29.2 (a. 226)
 C.I. 5.29.3 (a. 228)
 C.I. 5.30.1 (a. 290)
 C.I. 5.30.2 (a. 293)
 C.I. 5.30.5.2 (a. 529)
 C.I. 5.31.2 (a. 215)
 C.I. 5.31.4 (a. 215)
 C.I. 5.31.5 (a. 224)
 C.I. 5.31.10 (a. 294)
 C.I. 5.34.5 (a. 293)
 C.I. 5.34.6 (a. 293)
 C.I. 5.34.10 (a. 294)
 C.I. 5.35.1 (a. 224)
 C.I. 5.35.2 (a. 390)

C.I. 5.35.2.4 (a. 390)
 C.I. 5.36.1 (a. 213)
 C.I. 5.36.4 (a. 260)
 C.I. 5.36.5 pr. (a. 294)
 C.I. 5.37.4-5 (a. 213-215)
 C.I. 5.37.18 (a. 293)
 C.I. 5.37.19 (a. 294)
 C.I. 5.37.22 pr. (a. 326)
 C.I. 5.37.22.1 (a. 326)
 C.I. 5.37.22.2 a (a. 326)
 C.I. 5.37.22.5 (a. 326)
 C.I. 5.37.22.6 (a. 326)
 C.I. 5.37.22.7 (a. 326)
 C.I. 5.37.23 (a. 333)
 C.I. 5.37.24 pr. (a. 396)
 C.I. 5.37.25 (a. 531)
 C.I. 5.37.27 (a. 531)
 C.I. 5.37.28.1 (a. 531)
 C.I. 5.38.1 (a. 226)
 C.I. 5.42.2 (a. 260)
 C.I. 5.42.4 (a. 294)
 C.I. 5.43.1 (a. 212)
 C.I. 5.43.2 (a. 215)
 C.I. 5.43.3 (a. 229)
 C.I. 5.43.4 (a. 233)
 C.I. 5.43.5 (a. 233)
 C.I. 5.43.6 (a. 238)
 C.I. 5.43.7 (a. 240)
 C.I. 5.43.8 (a. 244)
 C.I. 5.43.9 (a. 294-305)
 C.I. 5.46.3 (a. 293)
 C.I. 5.47.1 (a. 197)
 C.I. 5.49.1 (a. 223)
 C.I. 5.51.2 (a. 213)
 C.I. 5.51.13.1 (a. 530)
 C.I. 5.51.13.2 (a. 530)
 C.I. 5.51.13.3 (a. 530)
 C.I. 5.52.2 (a. 284)
 C.I. 5.53.4 (a. 238)
 C.I. 5.53.5 (a. 294)
 C.I. 5.55.1 (a. 223)
 C.I. 5.56.2 (a. 224)
 C.I. 5.56.3 (a. 228)
 C.I. 5.59.5 pr.-2 (a. 531)

C.I. 5.60.3 (a. 529)
 C.I. 5.62.3 (a. 206)
 C.I. 5.62.6 pr. (a. 224)
 C.I. 5.62.6.1 (a. 224)
 C.I. 5.62.6.15 (a. 243)
 C.I. 5.62.10 (a. 229)
 C.I. 5.62.11 (a. 231)
 C.I. 5.62.23.1 (a. 294)
 C.I. 5.66.1 (a. 203)
 C.I. 5.67(68).1 (a. 246)
 C.I. 5.69.1.2 (a. 205)
 C.I. 5.71.4 (a. 260)
 C.I. 5.71.5 (a. 260)
 C.I. 5.71.13 (a. 293)
 C.I. 5.75.5 (a. 294)
 C.I. 6.3.2 (a. 205)
 C.I. 6.3.12 (a. 293)
 C.I. 6.30.18 pr. (a. 426)
 C.I. 6.30.18.4 (a. 426)
 C.I. 6.38.5 pr. (a. 532)
 C.I. 7.32.3 (a. 250)
 C.I. 7.32.5 (a. 291)
 C.I. 8.46.10 (a. 323)
 C.I. 8.58(59).1 (a. 410)
 C.I. 9.1.5. (a. 222)
 C.I. 9.8.5.3 (a. 397)
 C.I. 9.9.23.1 (a. 290)
 C.I. 9.22.5 (a. 230)
 C.I. 10.32.44 (a. 393)
 C.I. 12.35.3 (a. xxx)
 C.I. 12.35.7 (a. xxx)

Instituciones de Justiniano

1.2.10 pr.
 1.9 pr.
 1.11.1
 1.11.9
 1.11.11
 1.13.1
 1.13.2
 1.13.3
 1.13.5
 1.15 pr.

1.15.1	1.26.7
1.15.2	1.26.8
1.20 pr.	1.26.13
1.20.3	2.19.2
1.20.4	2.19.7
1.21 pr.	3.1.1
1.22 pr.	3.1.2
1.22.6	3.2.1
1.23.1	3.19.10
1.25.6	4.6.20
1.25.7	4.10 pr.
1.25.13	4.15.1-2
1.25.15	4.16.2
1.26.2	4.18.1
1.26.3	Novelas
1.26.5	
1.26.6	Nov. 22.2 pr.-

FUENTES POSTJUSTINIANEAS

Teophilus Paraphrasis

Teoph. Paraph. 1.13.1-2

Teoph. Paraph. 3.19.10

Teoph. Paraph. 4.10 pr.

FUENTES LITERARIAS

Auctor ad Herennium

Rhetorica ad Herennium

1.13.23

2.13.19

De domo sua ad Pontifices

Cic., *De domo sua*, 21.55

Cic., *De domo sua*, 13.34

Cic., *De domo sua*, 13.35

Marco Porcius Cato

De agri cultura

Cato, *de agri cultura* 149.2

De re rustica

Cato, *de re rustica* 143

Pro Flacco

Cic., *pro Flacco* 72

Cic., *pro Flacco* 92

De legibus

Cic., *de leg.* 2.4.9

Cic., *de leg.* 2.19.47

Cic., *de leg.* 2.19.48

Cic., *de leg.* 2.22.55

Cic., *de leg.* 2.23.59

Cic., *de leg.* 3.3.7

Cic., *de leg.* 3.19.12

Cicero

Laelius de amicitia

Cic., *Laelius* 1.1-2

Brutus

Cic., *Brutus* 58.211

Pro Murena

Cic. *Pro Murena* 12.27

De finibus bonorum et malorum

Cic., *de fin. bon. et mal.* 1.7.24

De natura deorum

Cic., *de nat. deor.* 2.3.9

Cic., *de nat. deor.* 2.61

De inventione

Cic., *de inv.* 2.50.148

De officiis

Cic., *de off.* 1.55

Cic., *de off.* 1.85

Cic., *de off.* 3.14.16

Cic., *de off.* 3.15.61

Cic., *de off.* 3.16.67

Cic., *de off.* 3.17.70

Cic., *de off.* 3.29.104

De lege agraria

Cic., *de leg. agr.* 2.16.44

De oratore

Cic., *de orat.* 1.38.172

Cic., *de orat.* 1.38.173

Cic., *de orat.* 1.38.175

Cic., *de orat.* 1.38.176

Cic., *de orat.* 1.39.177

Cic., *de orat.* 1.39.178

Cic., *de orat.* 1.39.179

Cic., *de orat.* 1.39.180

Cic., *de orat.* 1.42.188

Cic., *de orat.* 1.5

Cic., *de orat.* 1.53.228

Cic., *de orat.* 1.56.237

Cic., *de orat.* 3.125

Orationes Philippicae

Cic., *Phil.* 1.32

Cic., *Phil.* 2.28.69

In Pisonem

Cic., *in Pis.* 40.97

In C. Verrem actio secunda

Cic., *in Verr.* 2.1.45.115

Cic., *in Verr.* 2.1.50.130
Cic., *in Verr.* 2.2.10.26

De re publica

Cic., *de rep.* 2.9.16
Cic., *de rep.* 2.46
Cic., *de rep.* 4.6.6

Pro Caecina

Cic., *pro Caec.* 29.82-84

Pro Cluent.

Cic., *pro Cluent.* 45
Cic., *pro Cluent.* 47
Cic., *pro Cluent.* 42.119

Pro Quintio

Cic., *pro Quint.* 15.49

Pro Tullio

Cic., *pro Tull.* 16.38-17.39

Pro Roscio Amerino

Cic., *pro Roscio* 2.6

Topica

Cic., *Topica* 29

Dionysius Cassius Longinus

Historia romana

Cass. Dion., *Hist. rom.* 43.48

Dionysius Halicarnasseus

Antiquitates Romanae

Dion. Hal. 2.10.3
Dion. Hal. 2.15.2.1
Dion. Hal. 2.25
Dion. Hal. 2.26
Dion. Hal. 2.27
Dion. Hal. 2.75.3
Dion. Hal. 3.48.2
Dion. Hal. 3.49
Dion. Hal. 3.50
Dion. Hal. 4.66.1-3
Dion. Hal. 4.82.1
Dion. Hal. 5.40
Dion. Hal. 6.19
Dion. Hal. 6.20

Dion. Hal. 10.1-60
Dion. Hal. 13.5

Festus

De verborum significatu (Lindsay)

p. 63
p. 72
p. 76
p. 96
p. 98
p. 99
p. 135
p. 173.11
p. 176.3
p. 232.29
p. 246.45
p. 247
p. 287.11
p. 290.34
p. 294
p. 296.18

Gellius

Noctes Atticae

Gell., *Noct. Att.* 1.9.12
Gell., *Noct. Att.* 1.12.10
Gell., *Noct. Att.* 2.24.11
Gell., *Noct. Att.* 3.16.12
Gell., *Noct. Att.* 4.14.3
Gell., *Noct. Att.* 5.13.1-5
Gell., *Noct. Att.* 5.19.6
Gell., *Noct. Att.* 5.19.9
Gell., *Noct. Att.* 5.19.10
Gell., *Noct. Att.* 6.9.9
Gell., *Noct. Att.* 7.12.1
Gell., *Noct. Att.* 9.1.12
Gell., *Noct. Att.* 10.23.4
Gell., *Noct. Att.* 11.18.8
Gell., *Noct. Att.* 11.18.15
Gell., *Noct. Att.* 12.3.4
Gell., *Noct. Att.* 15.27.1-3
Gell., *Noct. Att.* 15.29.2
Gell., *Noct. Att.* 16.10.8
Gell., *Noct. Att.* 16.10.11
Gell., *Noct. Att.* 17.21.44
Gell., *Noct. Att.* 18.6.9

Isidorus Hispalensis

Differentiarum libri duo

Isid. , *Etym.* 5.25.9
Isid. , *Etym.* 9.3.70
Isid. , *Etym.* 9.5.17-18
Isid. , *Etym.* 10.128
Isid. , *Etym.* 10.264
Isid. , *Etym.* 11.2.15

Iulius Capitolinus

Historiae Augustae

Iul. Cap., *M. Anton. Phil.* 10.11

Livius

Ad urbe condita

Liv. 1.18.6-10
Liv. 1.21.4
Liv. 1.32.12
Liv. 1.34.12
Liv. 1.42.2.-5
Liv. 1.58.5-6
Liv. 1.59.12
Liv. 2.16
Liv. 2.23
Liv. 2.41.10-12
Liv. 2.52.5
Liv. 3.24
Liv. 3.55.7
Liv. 3.58
Liv. 3.9-57
Liv. 4.7
Liv. 4.8
Liv. 4.8.2
Liv. 4.47.7
Liv. 5.32.1
Liv. 5.39-42
Liv. 6.1.6
Liv. 6.16.7
Liv. 6.36.11
Liv. 6.20
Liv. 6.20.12
Liv. 6.42
Liv. 7.17.9
Liv. 7.27.9
Liv. 8.16.10
Liv. 8.28
Liv. 8.33.17

Liv. 9.41.19-20
Liv. 9.42.8
Liv. 24.44.2
Liv. 25.3.13
Liv. 25.4.8
Liv. 26.2.7
Liv. 26.3.5-7
Liv. 29.31.7
Liv. 34.2.1-2
Liv. 34.2.11
Liv. 37.57.12
Liv. 37.58.1
Liv. 39.9
Liv. 41.27.2
Liv. 41.27.13
Liv. 43.16.11
Livio 45.40.7

Lucanus

Bellum civile

Lucan., 8.577-579

Manilio

Astronomica

Manilio, *Astron.* 5.450

Nonius Marcellus

De compendiosa doctrina (Lindsay)

Non., p. 405
Non., p. 718

Orosius

Historia adversus paganos

Oros., *Hist.* 5.16

Ovidius

Fasti

Ovid., *Fasti* 3.771-778

Petronius

Satyricon

Petron., *Satyr.* 141.1

Plautus

Aulularia

Plaut., *Aul.* 298a

Plaut., *Aul.* 429-430

Captivi

Plaut., *Captivi* 307

Casina

Plaut., *Casina* 330

Menaechmi

Plaut., *Menaechmi* 623

Mercator

Plaut., *Mercator* 69

Plaut., *Mercator* 454

Miles Gloriosus

Plaut., *Miles Gloriosus* 278

Plaut., *Miles Gloriosus* 351

Mostellaria

Plaut., *Mostellaria* 106

Persa

Plaut., *Persa* 213

Poenulus

Plaut., *Poenulus* 168

Plaut., *Poenulus* 186

Plaut., *Poenulus* 396

Plaut., *Poenulus* 1082

Trinummus

Plaut., *Trinummus* 139

Plaut., *Trinummus* 250

Plaut., *Trinummus* 870

Truculentus

Plaut., *Truc.* 859

Vidularia

Plaut., *Vidul.* 23

Plinius Maior

Naturalis historia

Plin. Maior, *Nat. hist.* 18.11

Plin. Maior, *Nat. hist.* 33.43

Plinius Minor

Epistulae

Plin. Min., *Epist.* 8.18.4

Plutarchus

Vitae parallelae. Numa

Plutar., *Numa* 10.5

Plutar., *Numa* 16.1

Plutar., *Numa* 17

Polybius

Historiae

Polyb., *Hist.* 3.22

Quintilianus

Declamationes (minores)

Quintil., *decl. min.* 321

Institutio oratoria

Quintil., *Inst. or.* 1.1.15-19

Quintil., *Inst. or.* 3.3.1

Quintil., *Inst. or.* 8.3.13

Ps. Quintilianus

Declamationes (maiores)

Quintil., *decl. maior.* 3.17

Seneca

Ad Marciam de consolatione

Seneca, *ad Marc. de cons.* 1.1

Seneca, *ad Marc. de cons.* 21.7

De beneficiis

Seneca, *de ben.* 3.15.2.5

De clementia

Seneca, *de clem.* 1.15.2

Seneca, *de clem.* 1.15.3

Seneca el Viejo

Controversiae

Seneca, *controv.* 1.6.5

Servius

In Vergilii Aeneida

Serv., *ad. Aeneida* 5.295

Serv., *ad. Aeneida* 6.609

Serv., *ad. Aeneida* 7.53

Serv., *ad. Aeneida* 8.642

In Vergilii Bucolica

Serv., *ad. Buc.* 4.43

In Bvcolica et Georgica commentarii

Serv., *Ad Georg.* 1.31

Sextus empiricus

Adversus mathematicos

Sext. Emp. 3.211

Suetonius

De Vita Caesarum.

Sueton., *Nero* 4.1

Sueton., *Nero* 28.2

Sueton., *Augusto* 36

Sueton., *Augusto* 37

Sueton., *Caesar* 76.2

Tacitus

Annales

Tacit., *ann.* 3.33.3

Tacit., *ann.* 4.16

Tacit., *ann.* 6.10.3

Tacit., *ann.* 6.12

Tacit., *ann.* 6.25.2

Tacit., *ann.* 12.52.1

Tacit., *ann.* 12.57.1-2

Tacit., *ann.* 13.32.2

Germania

Tacit., *Germ.* 32.7

Historiae

Tacit., *hist.* 3.66

Tacit., *hist.* 4.2

Terentius

Adelphoe

Terent., *Adelphoe* 89

Terent., *Adelphoe* 910

Andria

Terent., *Andria* 288

Heautontimorumenos

Terent., *Heautont.* 5.1.36

Terent., *Heautont.* 751

Phormio

Terent., *Phormio* 571

Tertullianus

Apologeticum

Tertull., *apol.* 1.1

Valerius Maximus

Facta e dicta memorabilia

Val. Max. 2.9.2

Val. Max. 4.4.8

Val. Max. 5.8.2

Val. Max. 5.8.3

Val. Max. 5.9.1

Val. Max. 6.1.1

Val. Max. 6.1.7

Val. Max. 6.1.11

Val. Max. 6.7.5

Val. Max. 6.7.1

Val. Max. 7.7.1

Val. Max. 7.7.2

Val. Max. 7.7.5

Val. Max. 7.8.1

Val. Max. 7.8.4

Val. Max. 8.3.2

Val. Max. 9.1.3

Val. Max. 9.5.9.1

Valerius Probus

Littere singulares

Val. Prob., *De litt. sing. gram.* 4.8

Varro

De lingua latina

Varro, *de ling. lat.* 5.163

Varro, *de ling. lat.* 5.17.92

Varro, *de ling. lat.* 6.64

Varro, *de ling. lat.* 6.74

Varro, *de ling. lat.* 6.85

Varro, *de ling. lat.* 7.12

Varro, *de ling. lat.* 7.105

Varro, *de ling. lat.* 8.4

De re rustica

Varro, *de re rust.* 2.1.11

Varro, *de re rust.* 3.16.2

Vergilius

Aeneis

Vergil., *Aeneis* 3.329